

LOS PRINCIPIOS *SOFT LAW* EN LOS CONTRATOS DE LAS ENTIDADES ESTATALES
DE RÉGIMEN ESPECIAL

OSVALDO SIMÓN LLANOS OBANDO

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO PÚBLICO
MEDELLÍN
2017

LOS PRINCIPIOS *SOFT LAW* EN LOS CONTRATOS DE LAS ENTIDADES ESTATALES
DE RÉGIMEN ESPECIAL

OSVALDO SIMÓN LLANOS OBANDO

TESIS DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE
MAGÍSTER EN DERECHO

ASESORES

PROF. Ph. D. JOSÉ ALBERTO TORO VALENCIA

PROF. LL.M. ALEJANDRO GÓMEZ VELÁSQUEZ

DOCENTES UNIVERSIDAD EAFIT

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO PÚBLICO
MEDELLÍN

2017

A mis padres y hermana, quienes me acompañan y apoyan en todos los momentos de mi vida.

A Juli, mi novia, compañera de viaje maravillosa, luz de mi camino.

A mis amigos, gran tesoro que la vida me ha obsequiado.

AGRADECIMIENTOS

Deseo expresar mis agradecimientos a los profesores José Alberto Toro Valencia y Alejandro Gómez Velásquez, asesores de tesis, quienes me orientaron, apoyaron y motivaron en todos los momentos de esta investigación. También quiero agradecer a los profesores de la Maestría en Derecho, y a sus Coordinadores, María Virginia Gaviria y Esteban Hoyos, por los conocimientos y el apoyo recibidos en el transcurrir del programa. Asimismo, a Catalina Becerra, estudiante del programa de Derecho en Eafit, por su aporte en la traducción de un texto utilizado en esta investigación. Muy especialmente, agradezco a Julia María Montoya, por sus valiosos aportes en la construcción de esta investigación, el apoyo en la traducción de varios textos fundamentales para esta tesis, así como la paciencia que tuvo conmigo en este proceso de aprendizaje.

Agradezco a mis Jefes en EPM, Margarita Arredondo, Alba María Quintero, Maritza Alzate y Gabriel Jaime Velásquez, así como a mis compañeros de trabajo, quienes me apoyaron y facilitaron mi asistencia a todas las actividades académicas que me permitieron culminar satisfactoriamente esta investigación. También a mi anterior Jefe, Hubed Bedoya, por todos los conocimientos que generosamente aportó en mi proceso de aprendizaje.

Finalmente, quiero agradecer a Dios, mi familia y mis amigos, quienes siempre están presentes en mi vida, y cuyo apoyo desde todos los ámbitos, permitió la construcción de esta tesis de maestría.

LOS PRINCIPIOS *SOFT LAW* EN LOS CONTRATOS DE LAS ENTIDADES ESTATALES DE RÉGIMEN ESPECIAL

CONTENIDO

Introducción	4
 PARTE I.....	 14
1. El Estado en el contexto de la globalización y la autorregulación	14
2. El Derecho Administrativo Global: una posible explicación del devenir del derecho en un proceso de interdependencia globalizada	25
3. Órdenes Jurídicos Transnacionales (OJT)	35
3.1 Concepto de Orden Jurídico Transnacional	37
3.2 Alcance jurídico y geográfico de los OJT.	43
3.3 Formación de los OJT.....	44
3.4 Institucionalización de los OJT.....	46
3.5 OJT en el contexto colombiano	49
4. Normas <i>soft law</i> en la actividad contractual del Estado	56
 PARTE II	 67
5. Los principios <i>soft law</i> en los contratos de las entidades estatales de régimen especial.....	67
5.1 Consideraciones previas sobre los principios	71

5.2 Principios del Banco Mundial.....	76
5.3 Principios del Banco Interamericano de Desarrollo	81
5.4 Principios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)	84
5.5 Principios de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico para la integridad de la contratación pública	88
5.6 Principios <i>UNIDROIT</i>	100
6. Los principios <i>soft law</i> en los contratos internacionales de las entidades estatales de régimen especial: un ejemplo de órdenes jurídicos transnacionales alineados en partición	106
Conclusiones	120
Lista de referencias	125

LISTA DE TABLA

Tabla - <i>Principios aplicables a los contratos estatales de régimen especial</i>	108
------------------------------------------------------------------------------------------	-----

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. Subsistemas sociales.....	23
Figura 2. Subsistemas sociales en colisión	23
Figura 3. Derecho Reflexivo.....	24

Figura 4. Interacciones entre el derecho doméstico de los Estados y los agentes del derecho global de la competencia	28
Figura 5. El derecho doméstico permeado por el Derecho Administrativo Global.....	31
Figura 6. Comparativo entre un OJT institucionalizado y un OJT en proceso de institucionalización en el contexto colombiano	55
Figura 7. Interacciones entre los estándares de la contratación pública y la contratación privada.....	114
Figura 8. Intensidad de los principios <i>soft law</i> en los contratos internacionales	118
Figura 9. Intensidad de los principios <i>soft law</i> en contratos nacionales	118

Introducción

La globalización ha generado importantes cambios en el Estado contemporáneo y su capacidad de producir el derecho en calidad de soberano absoluto (Saldivia, 2010, pp. 32). Las teorías soportadas en una perspectiva centralista del derecho, en las cuales el Estado actúa como único productor de las normas del ordenamiento jurídico, resultan insuficientes para explicar la existencia simultánea de ordenamientos jurídicos por fuera del control estatal. En este contexto, se ha propiciado el surgimiento de otras perspectivas, como el pluralismo jurídico¹, que plantean la necesidad de reevaluar las teorías centralistas y proponen la apertura de espacios de investigación a diferentes formas de producción del derecho (Llano, 2012).

En el estudio del fenómeno de la globalización el enfoque del pluralismo jurídico presenta ventajas significativas ante el positivismo jurídico. El pluralismo jurídico no solo se interesa por conocer los diferentes ordenamientos jurídicos que concurren simultáneamente, sino que se preocupa por las hipótesis que pueden surgir de las relaciones entre estos (Merry, 2007, pp.108); mientras en el positivismo jurídico, el único derecho válido es el creado conforme al derecho (Kelsen, 2011, pp. 201 -239), lo cual, excluiría la posibilidad de analizar aquellas nuevas formas de derecho que emanan de fuentes diferentes.

Para este trabajo se acudirá, por una parte, a la perspectiva denominada “nuevo pluralismo jurídico”, considerado por algunos autores como el proceso que acompaña al fenómeno de la

¹ El pluralismo jurídico es entendido en diversos estudios (Pospisil, 1971; Griffiths, 1986; Moore 1986) “como una situación en la cual dos o más sistemas jurídicos coexisten en el mismo campo social” (Merry, 2007, pp.91).

globalización (Merry, 2007, pp. 49 -54). Por otra parte, también se considerarán otras teorías pertenecientes al género de “estudios en derecho y sociedad”, las cuales comprenden una gama amplia de autores y corrientes teóricas², entre las cuales, se eligen algunas teorías que, desde la sociología jurídica, se preocupan por la aplicación del derecho doméstico (nacional) en un contexto global.

Esta investigación tiene como punto de partida la interrelación que existe entre los subsistemas sociales derecho y economía, los cuales integran el sistema social, para lo cual se estudiará el impacto de la globalización en el orden jurídico, y de manera específica, en los contratos que celebran las entidades estatales colombianas sometidas al régimen de contratación de derecho privado, también conocidas como entidades de régimen especial o entidades excluidas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993). Existen trabajos (Suarez, 2010, pp. 57-130), en los que se ha identificado en el ordenamiento jurídico colombiano esta clase de entidades³, las cuales han sido sometidas al derecho privado en sus contrataciones para que puedan competir en condiciones de igualdad con las entidades privadas y con la misma agilidad (Grueso, 2014, pp. 195).

El origen más reciente de la aplicación del derecho privado a los contratos de las entidades de régimen especial en Colombia, se remonta a los años 90, momento a partir del cual el Estado

² Un ejemplo de las diferentes corrientes que comprenden los estudios en derecho y sociedad se puede observar en trabajos como los adelantados por García Mauricio y Rodríguez César (2003).

³ Entre algunos ejemplos de entidades estatales de régimen especial se encuentran las empresas de servicios públicos domiciliarios (Ley 142 y 143 de 1994), las empresas sociales del estado (Ley 100 de 1993), las universidades públicas (Ley 30 1992), los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones (Ley 1341 de 2009), las empresas industriales y comerciales del estado (Ley 1150 de 2007), sociedades de economía mixta (Ley 489 de 1998 y Ley 1150 de 2007), filiales, asociaciones entre entidades públicas (Ley 489 de 1998), sociedades entre entidades públicas (Ley 1150 de 2007), Ecopetrol (Ley 1118 de 2006), entre otras.

colombiano adoptó la política de establecer para diversas entidades estatales el régimen de contratación de derecho privado (Marín, 2010, pp. 346). Sin embargo, años más tarde, el legislador definió mediante el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007⁴, que dichas entidades, aunque contraten a través del derecho privado, deben aplicar en desarrollo de su actividad contractual, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de los artículos 209⁵ y 267⁶ de la Constitución Política, y que se encuentran sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal⁷. Es por lo anterior, que autores como Marín (2010, pp. 354), han considerado que el régimen contractual para entidades estatales de régimen especial como el caso de los operadores de servicios públicos domiciliarios: “no es ni el derecho privado ni el derecho público, sino una mezcla de ambos regímenes”.

Entre las ventajas que ofrece el régimen de contratación de derecho privado, se encuentra que estas entidades pueden actuar con la flexibilidad que demanda tanto el comercio nacional como internacional, por lo cual, constituiría el camino idóneo para que puedan articularse con las prácticas internacionales de contratación. Particularmente, se considera necesario para lograr este objetivo, que dichas entidades incorporen en sus manuales de contratación aquellos principios y reglas fundamentales construidas en la forma de estándares internacionales, denominados *soft law*,

⁴ En relación con los antecedentes de la creación de la Ley 1150 de 2007, se recomienda la lectura de Marín (2010, pp. 350-355).

⁵ Esta disposición jurídica señala lo siguiente: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.

⁶ En uno de sus incisos, se encuentra la siguiente disposición jurídica: (...) “La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial”.

⁷ En relación con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal se recomienda la lectura del siguiente concepto: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil (27 de agosto de 2015). Radicado 11001-03-06-000-2015-00129-00 (CP Álvaro Namén Vargas).

los cuales facilitan una armonización adecuada con la dinámica global, con el fin de obtener mayores eficiencias, hacer una adecuada rendición de cuentas, incrementar los niveles de transparencia en sus contrataciones, obtener préstamos de los organismos multilaterales, interactuar en la dinámica del comercio mundial, entre otras finalidades relevantes para estas entidades.

El enfoque en dicha clase de entidades de régimen especial, y no en las entidades que contratan a través del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993 modificada por la Ley 1150 de 2007), obedece a que estas últimas, están sometidas a un régimen rígido de reglas y procedimientos contractuales señalados en una ley creada en los años 90 -que a pesar de su modificación en el año 2007- requiere un cambio profundo que le permita articularse adecuadamente con las transformaciones continuas que se producen en el espacio jurídico global⁸. A pesar de lo anterior, este trabajo puede servir de modelo para considerar los principios más relevantes del *soft law* en una eventual reforma legislativa a dicho estatuto.

Para el análisis inicial de la relación entre globalización y los contratos de las entidades estatales de régimen especial, se acudirá a los aportes del profesor Gunther Teubner, quien, a través de su teoría del derecho reflexivo, contribuye con elementos de análisis importantes para explicar la forma como el derecho se transforma según los cambios en otros subsistemas sociales. A partir de dicha teoría, se estudiará la manera a través de la cual las estructuras del derecho público

⁸ En relación con la desarticulación de la Ley 80 de 1993 con el sistema de compras a nivel mundial, puede observarse el texto de un proyecto de modificación a dicha ley del año 2016 (Colombia Compra Eficiente, 2016a) impulsado por Colombia Compra Eficiente y las motivaciones del texto de dicha iniciativa (Colombia Compra Eficiente, 2016b).

requieren articularse al fenómeno de la autorregulación para que dichas entidades estatales en su actividad contractual puedan interactuar de manera armónica con el espacio jurídico global.

El modelo de la autorregulación en los diferentes subsistemas sociales, ha permeado de manera influyente el derecho internacional económico -definido como el derecho de las relaciones internacionales económicas- (Hinojosa y Roldán, 2010, pp. 53-72), y en el cual, se destacan entidades que regulan importantes áreas de la economía internacional, entre algunos ejemplos, encontramos el Banco Mundial (BM), el Fondo Monetario Internacional (FMI), la Organización Mundial del Comercio (OMC), los distintos acuerdos regionales de comercio, la Cámara de Comercio Internacional, entre otras organizaciones internacionales del ámbito económico. Por otra parte, también existen otras organizaciones internacionales que tienen influencia en el ámbito de las decisiones económicas internacionales como las ONG y las compañías multinacionales (Anzola, 2014, pp. 13).

Algunos autores como Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard B. Stewart (2016, pp. 90), han considerado que el amplio espectro de instituciones regulatorias en el orden mundial, conformaría lo que han denominado el “Derecho Administrativo Global”, el cual definen como un:

Conjunto de instrumentos, principios, prácticas y concepciones sociales, que promueven, o influyen en, la rendición de cuentas y en la supervisión (accountability⁹) de las

⁹ Los traductores de la teoría del Derecho Administrativo Global aclaran que no existe una palabra en español que refleje en forma precisa el significado de “accountability”. Sin embargo, consideran que el concepto que mejor refleja la acepción de “accountability” es rendición de cuentas.

organizaciones administrativas que se sitúan en el plano global, a través, primero, del cumplimiento de estándares adecuados, tales como la transparencia, la participación, la motivación de las decisiones, y el principio de legalidad; y, segundo, mediante el efectivo control y revisión de las decisiones que tales organizaciones adoptan.

Esta teoría que pretende explicar la variedad de instituciones regulatorias internacionales y sus interacciones con los sujetos objeto de regulación: Estados, individuos, empresas y ONG, puede aportar herramientas de análisis para investigar la interacción en las contrataciones de las entidades estatales de régimen especial con dicho cúmulo de organizaciones y sujetos, lo anterior, dada la importancia de identificar los escenarios en los cuales requieren desenvolverse estas entidades estatales para articularse con los estándares internacionales en materia de contratación. Asimismo, esta teoría propone algunos principios en la dinámica global que a futuro podrían llegar a incorporarse en los contratos de estas entidades.

También otros autores, como los profesores Terence C. Halliday y Gregory Shaffer, plantean otra teoría específica sobre la autorregulación, denominada Órdenes Jurídicos Transnacionales, en la cual integran las normas jurídicas en tres niveles: transnacional, nacional y local, con el fin de articular el derecho en el contexto global. A partir de esta teoría, se pueden extraer elementos teóricos de utilidad para comprender la manera como aquellas normas transnacionales se incorporan en los ordenamientos jurídicos nacionales y en las prácticas locales de los operadores jurídicos.

Las entidades estatales de régimen especial se encuentran permeadas por algunos órdenes jurídicos transnacionales, lo cual, constituye una tendencia en aumento; particularmente, se avizora un camino por recorrer a nivel nacional y local para que órdenes jurídicos transnacionales como los Principios *UNIDROIT*, en el contexto actual, se consoliden como criterio de interpretación de los contratos de las entidades estatales de régimen especial en Colombia. Lo anterior, sin perder de vista otros instrumentos de *soft law* en materia de principios, como aquellos emitidos por el BM, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

El estudio del impacto de la globalización en las contrataciones de dichas entidades estatales, encargadas de actividades empresariales en los servicios públicos, y otras actividades comerciales, científicas, tecnológicas, educativas, entre otras, de manera particular, requiere la identificación de un marco conceptual transnacional para la celebración de sus contratos. A su vez, la celebración de estos contratos incorporando los estándares internacionales en materia de principios de contratación pública y privada, constituye un camino que brindaría mayor eficiencia, transparencia y aumentaría los beneficios económicos, mejorando la rendición de cuentas ante la sociedad y disminuyendo las tarifas o precios que pagan los usuarios y clientes por los bienes y servicios que estas entidades producen y prestan, entre otras finalidades relevantes.

La expansión por América Latina de grupos empresariales, cuya empresa matriz es una entidad estatal de régimen especial, como Ecopetrol (2016), ISA (2016), Grupo Energía de Bogotá (2016), y EPM (2016), así como la dimensión de las necesidades de adquisición de bienes y servicios en

los mercados internacionales de las entidades estatales de régimen especial, son ejemplos claros de la importancia de conocer la manera como deberían interactuar dichas entidades en el comercio internacional, en especial, resulta de interés estudiar cuáles son los principios del *soft law* que resultan aplicables a esta clase de entidades y la manera adecuada de incorporarlos, con el fin de cumplir con una mejor gestión de lo público en un mundo globalizado.

En la contratación internacional, se encuentran materias aún poco exploradas desde la perspectiva de las entidades estatales y que hacen parte del contexto de la autorregulación. Figuras jurídicas propias de las contrataciones internacionales que requieren ser tenidas en cuenta en la dinámica contractual de estas entidades como la *lex mercatoria*, las normas *soft law*, entre otros instrumentos internacionales similares, que determinan en gran medida la manera como se interactúa en el espacio jurídico global, son ampliamente desconocidos por los operadores jurídicos en el ámbito público. Algunos de estos instrumentos internacionales que provienen de la *lex mercatoria*, constituyen una nueva forma de ordenación jurídica (Merry, 2007, pp.126) que es necesario considerar en la actividad contractual de estas entidades.

También es importante tener en cuenta que, en el ámbito jurídico global, se encuentra el ordenamiento jurídico producido por los Estados o derecho internacional público, del cual surgen importantes instrumentos que permiten la celebración de contratos internacionales. Tratados suscritos por Colombia como la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, Convenciones internacionales en materia de transporte, la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, el Convenio CIADI sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros

Estados, la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, entre otros convenios y tratados de libre comercio, son de gran importancia para la celebración de los contratos internacionales de las entidades estatales.

La identificación y armonización de los principios *soft law* en las contrataciones de las entidades estatales de régimen especial, es la hipótesis más relevante de esta investigación, cuya aplicación práctica en el ámbito contractual de dichas entidades, resulta un camino deseable, por una parte, por razones de eficiencia y transparencia pública, y por otra, por la necesidad de adaptación a los retos que exige un mundo globalizado.

A continuación, este trabajo se desarrollará en dos partes, divididas en seis capítulos y las conclusiones. En la Parte I, se encuentra el capítulo 1, en el cual se estudiará el rol del Estado y sus transformaciones en el contexto de la globalización; en este capítulo, se explicará el fenómeno de la autorregulación según la teoría del derecho reflexivo y la necesidad del Estado colombiano de articularse a la dinámica de la autorregulación global. En el capítulo II, se identificarán las características principales de la teoría del Derecho Administrativo Global, los tipos principales de regulación administrativa globalizada y los principios que propone dicha teoría. En el capítulo III, se estudiará la teoría de los órdenes jurídicos transnacionales, y se utilizarán herramientas de dicha teoría para su aplicación en dos casos en Colombia (normas UPC 600 y Principios *UNIDROIT*). En el capítulo IV, se hará una descripción del concepto de *soft law* y su importancia en el ordenamiento jurídico colombiano; particularmente, se hará énfasis en sentencias del Consejo de Estado en las cuales se reconoce la relevancia de este concepto en los contratos estatales.

En la Parte II, se encuentran los capítulos V, VI y las conclusiones. En el capítulo V, se identifican los organismos internacionales, y los principios *soft law* emitidos por estos, que se consideran más relevantes en los contratos de las entidades estatales de régimen especial en Colombia. En el capítulo VI, con fundamento en las teorías desarrolladas en los capítulos precedentes, se explican algunas interacciones entre los principios del *soft law* que se identifican aplicables en los contratos de las entidades estatales de régimen especial. Finalmente, se encuentran las conclusiones de esta investigación.

PARTE I

1. El Estado en el contexto de la globalización y la autorregulación

La posmodernidad trae consigo importantes transformaciones en el rol del Estado y su capacidad de producir y aplicar el derecho en calidad de soberano absoluto. Aquellas clásicas distinciones entre público y privado, nacional e internacional, nacionalización y privatización, entre otras, son profundamente reformadas en este periodo, especialmente con el advenimiento de la globalización (Anzola, 2014, pp. 13). En efecto, entre los cambios que la globalización introduce en el quehacer del Estado se encuentran diversas limitaciones de este a factores externos, que reflejan un debilitamiento o una reconfiguración del concepto de soberanía. En palabras de Faria (2001), este cambio se describe de la siguiente manera:

Con el fenómeno de la globalización, las estructuras institucionales, organizativas, políticas y jurídicas forjadas desde los siglos XVII y XVIII tienden a perder tanto su centralidad como su exclusividad. En el ámbito de una economía transnacionalizada, las relaciones entre los problemas internacionales y los problemas internos de cada país van siendo progresivamente invertidas, de tal forma que los primeros ya no son simplemente parte de los segundos. Por el contrario, los problemas internacionales no solo pasan a situarse por encima de los problemas nacionales, sino también a condicionarlos (pp. 28).

La globalización produce una transformación mundial en diversos ámbitos: cultura, economía, política, ambiente, deporte, arte, ciencia, derecho, logística internacional, entre otros; de los cuales,

resulta notorio que la economía ha mostrado los mayores avances en dicho proceso, promoviendo cambios significativos en la actividad del Estado. Se puede concluir que la noción de Estado moderno ha cambiado en dos de sus características básicas: a) El Estado gradualmente ha ido perdiendo el monopolio de la producción y aplicación del derecho, y b) Se reconoce y aumenta la participación de actores distintos a los Estados en el contexto de las relaciones internacionales (Anzola, 2014, pp. 47-49).

Teubner (2000), explica este desplazamiento del Estado -en calidad de único actor que produce y aplica el derecho-, debido a su insuficiencia para intervenir ante procesos sociales y acuerdos económicos sumamente complejos:

Los procesos sociales y los acuerdos económicos son simplemente demasiado densos, complejos y potencialmente contradictorios para poder ser tenidos en cuenta de manera adecuada al interior de los distintos mecanismos de control intervencionistas que se han creado. Las estructuras burocráticas y legales no pueden incorporar modelos de realidad social que sean lo suficientemente ricos para permitirles administrar eficazmente la crisis de la gestión económica y retos similares (pp. 125).

La búsqueda de una interconexión económica entre los países, como la Unión Europea, la Comunidad Andina de Naciones y la Unión de Naciones Suramericanas, la expansión de mercados, la competencia interestatal por insertarse en los flujos económicos, y particularmente, la complejidad al interior de los distintos subsistemas sociales, desbordó la capacidad del Estado para intervenir y regular como único soberano a través del derecho. Por estas razones, el Estado

se tuvo que replantear la manera de intervenir, regular de otras maneras, desregular, y permitir la autorregulación (Teubner, 2000, pp. 50-117).

La teoría de Teubner, explicada en su texto: “Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno”, es estructurada utilizando aportes de la teoría de los sistemas autopoieticos desarrollada por Niklas Luhmann (Teubner, 2000, pp. 52). En la teoría sistémica luhmanniana, la comunicación produce y reproduce la sociedad, es decir, el sistema social. A su vez, el sistema social se divide en subsistemas: político, económico, científico, religioso, artístico, educativo, jurídico, los cuales aparecen por la necesidad de la sociedad de alcanzar un mayor nivel de complejidad. (Urteaga, 2009, pp. 306-307). En este sentido, Luhmann (1998, pp. 410), expresa lo siguiente sobre el surgimiento de la diferenciación funcional de los sistemas sociales:

La autonomía autorreferencial, en el nivel de los sistemas sociales parciales e individuales, se establece apenas en los siglos XVII y XVIII. Antes, la imagen religiosa del mundo había ocupado este lugar. Posiblemente se puede decir que la referencia a Dios, que se adjudicaba a toda experiencia y actuación, fungía como autorreferencia secreta del sistema social. Con ellos se fijaban a la vez las exigencias sociales y las morales. La semántica religiosa, sin embargo, no formulaba como autorreferencia de la sociedad, estaba (y aún lo está) como referencia externa, como transcendencia.

La transición del sistema social de la diferenciación estratificada a la funcional, hace necesario sustituir la referencia externa paralela por una autorreferencia, puesto que la

nueva tipología de la diferencia rompe el orden jerárquico del mundo, colocando como autónomos los sistemas funcionales.

Cada uno de estos sistemas funcionales o subsistemas observa la sociedad a partir de su propia función. Esta observación, en cada caso, está estructurada por una distinción binaria, que se denomina: el código. Así, el sistema científico tiene como código la distinción verdad / falso, mientras que el sistema jurídico hace la distinción entre lo legal y lo ilegal. Cualquier información de un sistema es tratada a través de este código. (Urteaga, 2009, pp. 307-313). En relación con el concepto de código, Luhmann (1998, pp. 396) señala lo siguiente:

Esta codificación estructura todas las operaciones del sistema, sin importar su contenido, como elección entre sí y no. Cada elección implica la negación de la posibilidad contraria. Esta condición ocurre necesariamente con base en un código; pero aun así es condicionable mediante la elección entre sí y no. Por lo tanto, es cerrada y abierta a la vez.

Un ejemplo de lo anterior, es planteado por Urteaga (2009, pp. 310), quien propone que el sistema económico solo puede programar sus propias operaciones, es decir, los pagos que realiza a través de los precios. Los precios están determinados por lo que las personas están dispuestas a pagar en el mercado, lo que se encuentra determinado a su vez por la cantidad de dinero disponible; lo anterior, sin que otros criterios, como la moral, interfieran en dicho proceso del subsistema económico. En este sentido, el precio justo está fijado de manera auto-regulada por los procesos económicos, es decir, por la dinámica de los mercados.

Adicionalmente, Luhmann incorpora en su teoría el concepto de autorreferencia, también conocido como autorganización o autopoiesis (Luhmann, 1998, pp. 54), el cual se refiere a que las fronteras de cada subsistema están producidas por sus propias operaciones. Es por lo anterior, que cada subsistema crea su propia estructura, que le permita asegurar y regular la reproducción de sus elementos. No obstante, esto no implica que los subsistemas estén totalmente cerrados a su ambiente, dado que es el mismo subsistema, quien a través de su regulación selecciona lo que considera pertinente para él en su entorno y ante lo cual reacciona. (Urteaga, 2009, pp. 315). Sobre este concepto Luhmann (1998, pp. 33) plantea lo siguiente:

La teoría de los sistemas autorreferenciales sostiene que la diferenciación de los sistemas solo puede llevarse a cabo mediante autorreferencia; es decir, los sistemas solo pueden referirse a sí mismos en la constitución de sus elementos y operaciones elementales (lo mismo en el caso de los elementos del sistema, de sus operaciones, de su unidad). Para hacer posible esto, los sistemas tienen que producir y utilizar la descripción de sí mismos; por lo menos, tienen que ser capaces de utilizar, al interior del sistema, la diferencia entre sistema y entorno como orientación y principio del procesamiento de información.

Estas ideas básicas sobre la teoría de los sistemas de Luhmann, son de importancia para comprender la teoría de Teubner del derecho reflexivo. No obstante, Teubner se fundamenta en la teoría de Luhmann, en algunos aspectos le otorga un alcance distinto a la *autopoiesis* en el derecho¹⁰.

¹⁰ Carlos Morales de Setién en su estudio preliminar del texto de Teubner: “Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno” explica que hay diferencias en el tratamiento que Luhmann y Teubner dan a la *autopoiesis* en el derecho, particularmente sobre la génesis del derecho como sistema autopoietico, una distinta valoración a la idea de autonomía y diferencias en cuanto al potencial del derecho reflexivo.

Teubner entiende el derecho como un subsistema abierto y cerrado al mismo tiempo, el cual, tiene la capacidad de transformarse conforme a sus propios impulsos, dado que el orden legal - normas, doctrina, instituciones, organizaciones- se reproduce a sí mismo. Sin embargo, el derecho no se encuentra aislado de su entorno, los cambios externos son selectivamente filtrados por las estructuras legales y adaptados siguiendo una lógica de desarrollo normativo. En este sentido, el derecho como subsistema social se puede comunicar con otros subsistemas sociales, aunque es él quien define o “autoconstituye” de forma autorreferencial las normas jurídicas (Teubner, 2000, pp. 55-97).

La comunicación del subsistema del derecho con otros subsistemas permite una coevolución, en la medida en que los cambios de un subsistema presionan también la dirección de los otros subsistemas, de esta manera, se crean procesos específicos de coordinación en caso de que los subsistemas sociales tengan conflictos entre sí. Estos procesos se formalizan en estructuras intersistémicas de negociación, en las que se coordinan de manera finalista los principios y las expectativas de cada uno de los subsistemas (Teubner, 2000, pp. 58).

El pensamiento de Teubner previamente relacionado, permitiría entender cómo el derecho se va transformando conforme a los cambios en otros subsistemas sociales. Un buen ejemplo de lo anterior, es como el derecho internacional económico se articula con el subsistema económico, en el cual la globalización económica ha generado un escenario de autorregulación de diversas materias por parte agentes privados e híbridos.

Se requiere de una racionalidad legal reflexiva, para que el subsistema del derecho se observe a sí mismo en un entorno con otros subsistemas, y tenga en cuenta los límites de su propia capacidad en el intento de regular las funciones y las operaciones de otros subsistemas (Teubner, 2000, pp. 143). Esta teoría del derecho reflexivo que propone Teubner (2000), permite comprender de mejor manera la tendencia a la autorregulación, cuya forma de racionalidad dicho autor expresa de la siguiente manera:

La racionalidad reflexiva, que podríamos observar en ciertas áreas del derecho, se apoya en lo que podríamos llamar una intervención mínima pero sustancial en las áreas reguladas, mediante normas procedimentales que regularían a su vez la forma de producción de las normas al interior de los distintos subsistemas sociales (pp. 50).

El modelo teórico de la racionalidad reflexiva, explicado por Teubner en la década de 1980, años más tarde es analizado por Faria (2001), quien destaca el desarrollo de dicha teoría en el ámbito de la Sociología del Derecho, con la pretensión de configurar un nuevo paradigma científico, en cuanto al papel del derecho como instrumento de conformación social. En efecto, Faria explica como ante la hipercomplejidad de la sociedad contemporánea, los instrumentos normativos tradicionales resultan insuficientes, y para evitar una “hiperjuridificación”, que solamente acentuaría aún más el desequilibrio social, el sistema jurídico debe renunciar a su aspiración de disciplinar directamente los comportamientos sociales y los aspectos específicos de cada subsistema social, y en vez de ello, encargarse de establecer las condiciones procedimentales que permitan la operatividad de cada subsistema. En este sentido, Faria señala lo siguiente:

Este es precisamente el caso del <<derecho reflexivo>> (entendiendo << reflexividad>> como la capacidad de un sistema de tematizar su propia identidad). Un derecho con capacidad para percibir que en su medio ambiente operan otros sistemas de relaciones de interdependencia (relaciones que incluyen al propio sistema reflexivo); para situarse a sí mismo en el papel de otros sistemas y ver, desde esa perspectiva, su propio papel; para institucionalizar mecanismos aptos que hagan viable una autolimitación recíproca de las posibilidades de acción de los sistemas, teniendo en cuenta sus respectivos valores, intereses y necesidades. De este modo, el objeto principal de este derecho será la propia autonomía de los sistemas. Su función es hacer viable la <<autonomía regulada>> de esos sistemas, con la finalidad de que puedan maximizar su racionalidad interna mediante los adecuados procedimientos tanto de formación del consenso como de toma de decisiones colectivas (pp.161).

Los anteriores planteamientos sobre la teoría del derecho reflexivo, se consideran de gran utilidad en el análisis de los contratos de las entidades de régimen especial, particularmente, por la interrelación que se presenta entre los subsistemas sociales del derecho y la economía, los cuales pueden llegar a colisionar cuando no logran armonizarse en debida forma, es decir, cuando el derecho pretende sobreponerse o “juridificar” en forma excesiva el subsistema de la economía.

Tratándose de la celebración de contratos internacionales por parte de las entidades estatales que contratan a través del derecho privado, la complejidad podría aumentar, esto porque no sería suficiente la desregulación jurídica que propone la teoría de la racionalidad reflexiva en el ámbito de las relaciones entre particulares, sino que se necesitaría ampliar el radio de acción de dicha

teoría, por ejemplo, a los principios del derecho público que rigen dichos contratos. En este sentido, una excesiva regulación desde todas las esferas de los poderes públicos, a través de leyes, actos administrativos, jurisprudencia, o incluso las interpretaciones de los diferentes operadores jurídicos, dificultaría la armonización de dichos principios públicos con aquellos principios y estándares internacionales, lo anterior, dado que se produciría una “hiperjuridificación” desde el ámbito público.

Lo anterior, no implica que los principios públicos deban dejar de ser aplicados en los contratos internacionales de dichas entidades estatales. Se considera que la interpretación de los mismos, teniendo en cuenta la necesidad de adaptación del derecho (en este caso del derecho público) a otros sistemas jurídicos existentes en el ámbito internacional, debería hacerse conforme a la principalística que rige las relaciones del espacio jurídico global. A continuación, de manera simple, se representan estas ideas a través de 3 figuras (de creación propia), así:

- En la figura 1, los subsistemas sociales del derecho y la economía, sin ningún tipo de interacción entre ellos.
- En la figura 2, algunas interacciones entre los subsistemas sociales de la economía y el derecho, los cuales colisionan cuando no logran armonizarse en las contrataciones que celebran las entidades estatales por medio del derecho privado.
- En la figura 3, se presenta un esquema en el que se utiliza la teoría del derecho reflexivo, para demostrar como los dos subsistemas se pueden acoplar en forma perfecta,

destacándose el arbitraje comercial internacional, como un buen ejemplo de articulación entre ambos. También, se propone el amoldamiento de dichos principios públicos a otros principios de las contrataciones internacionales, tales como los principios *UNIDROIT*.

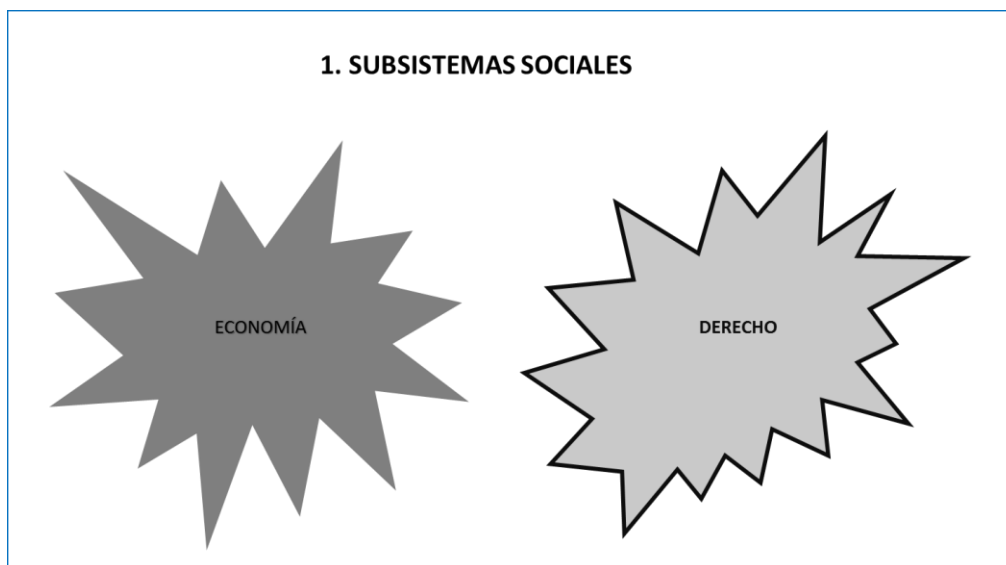


Figura 1. Subsistemas sociales

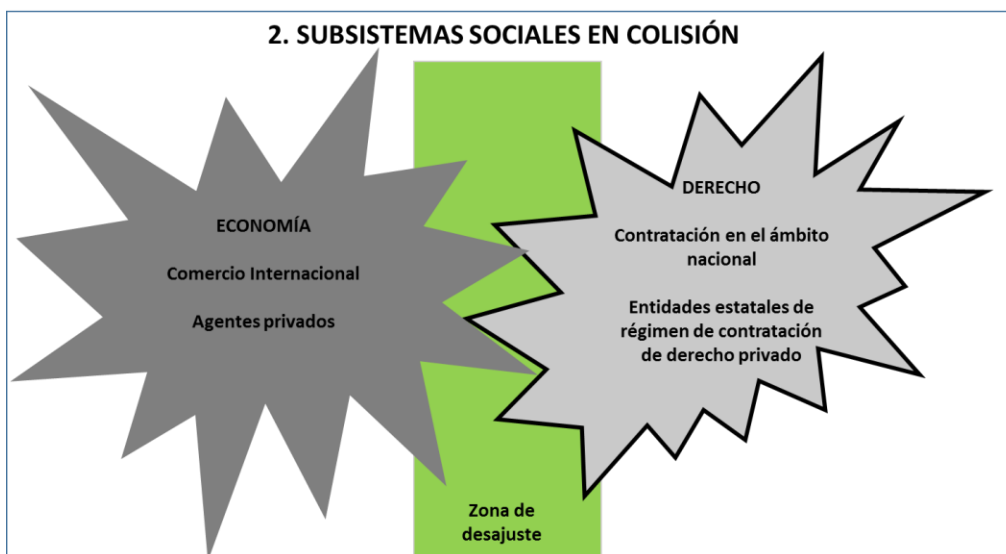


Figura 2. Subsistemas sociales en colisión



Figura 3. Derecho Reflexivo

En estas figuras se puede evidenciar, que efectivamente existen casos como el arbitraje comercial internacional, en el cual las entidades estatales de régimen especial se adaptan al subsistema de la economía, incluyendo en sus contratos, por medio de la autonomía de la voluntad, este mecanismo de solución de controversias, regulado por la Cámara de Comercio Internacional. Se destaca que, en Colombia la Ley 1563 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dicta otras disposiciones”, permite a las entidades estatales pactar arbitraje no solo nacional sino internacional¹¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia un proceso en el que no son los agentes del comercio internacional y los instrumentos existentes (que provienen de una desregulación que se ha producido en ellos) los que deben adaptarse a la “juridificación” interna que se elabore de las

¹¹ En este sentido, se recomienda la lectura de los artículos 1, 2, 62 y 68 de la Ley 1563 de 2012.

instituciones públicas de contratación nacional (dado que esto sería poco razonable en un mundo cada vez más permeado por la globalización). Son precisamente aquellas estructuras jurídicas públicas, las que deberán articularse a las reglas y principios que rigen el comercio internacional, y la manera como los agentes que intervienen allí se desenvuelven.

Si bien la teoría del derecho reflexivo de Teubner -como se ha presentado previamente-, resulta de utilidad para explicar la manera como el derecho nacional requiere adaptarse a la dinámica de la autorregulación global; también es de interés en esta investigación, analizar otra teoría más reciente que estudia de forma más específica la manera como se ha producido un desplazamiento de las regulaciones del derecho doméstico al nivel global. Esta teoría es conocida como el Derecho Administrativo Global.

2. El Derecho Administrativo Global: una posible explicación del devenir del derecho en un proceso de interdependencia globalizada

El Estado ha tenido que adaptarse a un nuevo modelo en el que la autorregulación ha permeado todos los subsistemas sociales, incluyendo el derecho. Especialmente el derecho internacional económico abre nuevos escenarios de interacción, en el cual aparecieron entidades como el BM, el FMI, la Organización Mundial del Comercio (OMC), diversos acuerdos regionales de comercio, la Cámara de Comercio Internacional, entre otras organizaciones internacionales del ámbito económico. Adicionalmente, se encuentran las ONG, las cuales abarcan una amplia gama de actividades y se encuentran en diferentes partes del mundo, así como las compañías

multinacionales; todas estas con el poder de incidir en las decisiones internacionales, y particularmente, en el derecho internacional económico.

Existiendo un panorama tan amplio de organismos internacionales de diversa naturaleza, es difícil imaginarse el devenir del derecho en un mundo cada vez más globalizado. Las regulaciones domésticas de los Estados resultan insuficientes para determinar diversos asuntos del ámbito global, que impactan de manera importante aspectos que en otra época eran inexistentes o regulados por los Estados, y que resultan de vital importancia en la interdependencia contemporánea que genera la globalización.

El reconocido jurista europeo Sabino Cassese, en su escrito: “El espacio jurídico global”, plantea el siguiente interrogante ante la imposibilidad de que exista una ordenación supraestatal en el variado panorama esbozado: “(...) es necesario preguntarse si, aun en ausencia de una autoridad superior, existe una ordenación política, una estructura que la sostenga y una forma de regulación, aún rudimentaria, que mantiene unido el mundo” (Cassese, 2006, pp. 16). La anterior pregunta de Cassese es todo un reto ante el fragmentado escenario global de organismos internacionales.

Algunos autores, como Halliday y Shaffer, teóricos de los órdenes jurídicos transnacionales (teoría que se abordará en el siguiente capítulo), entienden que ese cúmulo de organismos o agentes internacionales, en el contexto del derecho global, constituyen diferentes órdenes jurídicos transnacionales que impactan las prácticas nacionales y locales. Cuando un orden jurídico transnacional coincide con otro, bien sea en la materia jurídica o el territorio, entonces la

competencia y el conflicto entre los actores de poder e influencia y las instituciones con relativa legitimidad se aumenta y termina siendo determinante en el alcance del respectivo orden jurídico transnacional (Halliday, T. & Shaffer, G., 2015, pp. 29).

En este sentido, dichos organismos o agencias internacionales se encuentran en constante rivalidad, constituyendo un derecho global en competencia, en un espacio que podría entenderse sin un orden o conexión entre ellas, y que tienen como fin principal hacer prevalecer su regulación sobre las demás, y sobre el derecho doméstico de los Estados. Asimismo, Cassese (2006) reconoce la diferenciación que presenta el sistema mundial:

A diferencia de los ordenamientos jurídicos regidos por una autoridad superior, como son todos aquellos fundados sobre la cooperación, el sistema mundial no es uniforme, sino diferenciado: presenta áreas -sectoriales o geográficas- con un alto grado de institucionalización y otras áreas donde esta institucionalización es muy limitada (pp. 18-19).

La falta de uniformidad en el sistema mundial, el cual se encuentra dividido en diferentes áreas (que en la teoría de los Órdenes Jurídicos Transnacionales se refieren al ámbito jurídico y geográfico), y las interacciones entre el derecho doméstico de los Estados y los agentes del derecho global en competencia, se representan de una manera simple en la siguiente Figura (de creación propia):

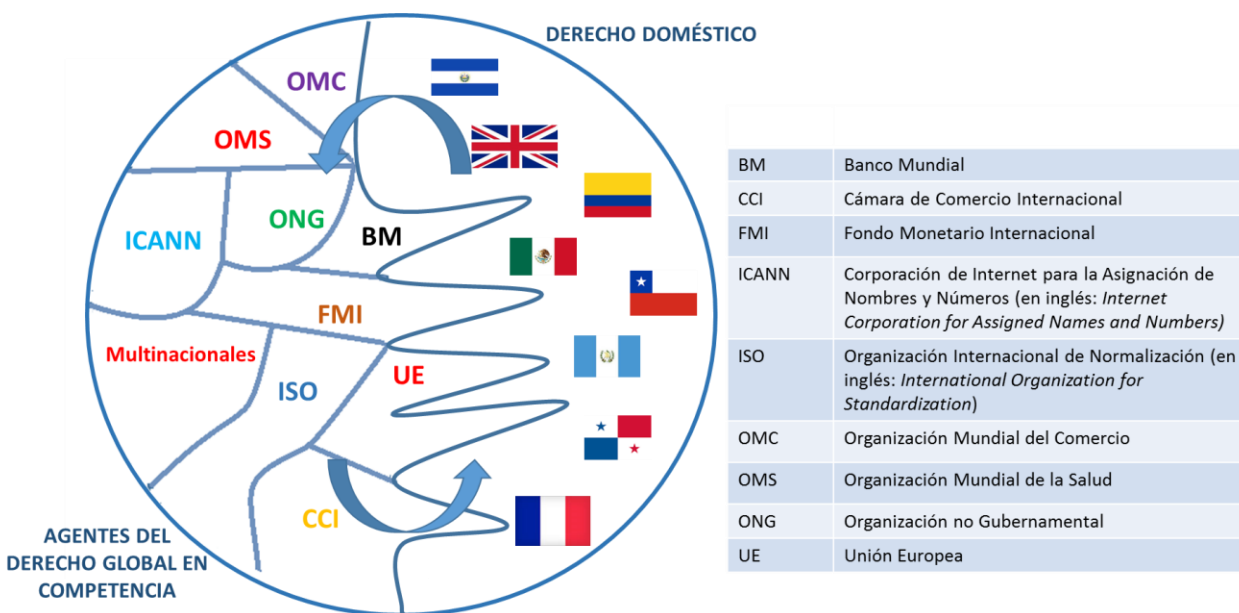


Figura 4. Interacciones entre el derecho doméstico de los Estados y los agentes del derecho global de la competencia

No obstante el anterior panorama, y aunque puede parecer ambicioso un proyecto en el cual se pretendan estudiar las diferentes regulaciones del derecho global, para encontrar aquellas características comunes y conexiones, que permitan sentar las bases para un derecho administrativo global, investigadores como Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard B. Stewart, han adelantado importantes avances a través de un proyecto de investigación de la Facultad de Derecho de New York University en conjunto con el Center of Environmental and Land Use Law.

Los avances de la anterior investigación, resultan de interés para conocer una explicación de cuál puede ser el futuro del derecho a nivel global, dadas las tendencias que han identificado dichos autores; particularmente, evidencian un desplazamiento de las decisiones y normas del nivel doméstico (nacional) al global, a través de organizaciones transnacionales de carácter administrativo (entre las que se encuentran organizaciones internacionales y grupos de altos

funcionarios). Asimismo, estos autores destacan que cada vez toma mayor importancia la regulación a través de estándares emitidos por organizaciones privadas e híbridas -mixtas- del orden internacional, que pueden incluir, entre otros, representantes de empresas, ONG, gobiernos nacionales, y organizaciones intergubernamentales (Kingsbury, et al., 2016, pp. 88-89).

Entre la diversidad de instituciones regulatorias, dichos autores han identificado un “espacio administrativo global” multifacético, en el cual se encuentran diferentes tipos de instituciones regulatorias, y una variedad de sujetos que son objeto de dicha regulación, incluyendo los Estados, individuos, empresas y ONG. En este sentido, distinguen cinco tipos principales de regulación administrativa globalizada (Kingsbury, et al., 2016, pp. 94-98):

(1) Administración por parte de organizaciones internacionales formales. Se refiere a las entidades que surgen de tratados o acuerdos entre Gobiernos. Ejemplos: las decisiones vinculantes y sanciones del Consejo de Seguridad de la ONU y sus comités, advertencias de la OMS, estándares del Banco Mundial, sanciones impuestas por violación de estándares que efectúa el Grupo Acción Financiera Internacional.

(2) Administración basada en la acción colectiva de redes transnacionales de carácter cooperativo, integradas por organismos reguladores nacionales. Ejemplos: estándares producidos por el Comité de Basilea (quien reúne a los presidentes de diversos bancos centrales –sin que exista un tratado- para coordinar las políticas de seguridad bancaria) o por la OMC cuando impone el principio de reconocimiento mutuo de normas y decisiones entre Estados miembros.

(3) Administraciones descentralizadas que, cada una por su cuenta, dirigen los organismos reguladores nacionales al amparo de un tratado, de una red o de cualquier otro sistema de cooperación. Ejemplos: reguladores nacionales en materia ambiental sobre gases efecto invernadero u otros aspectos ambientales.

(4) Administración híbrida, establecida por medio de acuerdos entre sujetos privados y diversos Estados. Ejemplos: órgano regulador de las direcciones en Internet (ICANN), o los estándares de seguridad alimentaria emitidos por el *Codex Alimentarius* que tienen un importante efecto en los acuerdos de medidas sanitarias y fitosanitarias de la OMS.

(5) Administración por instituciones privadas con funciones regulatorias. Ejemplos: Los estándares emitidos por la Organización Internacional para la Estandarización (ISO), el caso de la Agencia Mundial Antidoping, cuyas apelaciones de las decisiones que toma son resueltas por la Corte Internacional de Arbitraje para el Deporte, o estándares creados por ONG para la conservación del ambiente, como la tala sostenible de madera para la construcción.

Las anteriores manifestaciones de la teoría del Derecho Administrativo Global, de las cuales existen diversos ejemplos en el ámbito internacional, se presentan en intensidades diferentes. En algunos campos como la administración global a cargo de organizaciones privadas, por la falta de instituciones públicas internacionales, adquiere mayor relevancia la regulación que emiten dichos organismos, como en el caso de los estándares internacionales que expiden, los cuales resultan demostrando una gran aceptación en su aplicación. En este sentido los autores de dicha teoría sostienen: “Sus actos no son muy distintos en su naturaleza a muchas normas públicas

intergubernamentales de carácter no vinculante, y no sin frecuencia pueden llegar a ser aún más efectivas” (Kingsbury, et al., 2016, pp. 98).

Estas manifestaciones del derecho administrativo global, cada vez tienen una mayor capacidad de desplazar al derecho doméstico, y pueden llegar a sobreponerse a este, o incluso combinarse en algunos casos. En este sentido, de una forma incipiente, se podría observar un espacio coherente del derecho administrativo global que permea al derecho doméstico. A continuación, en la figura 5 (de creación propia), se representa de forma simple esta idea:



Figura 5. El derecho doméstico permeado por el Derecho Administrativo Global

La expansión del derecho administrativo global, a través de las cinco formas identificadas por los autores de dicha teoría, invade cada vez más el derecho doméstico, el cual se encuentra en un proceso de pérdida de autonomía, que implicaría una re-teorización que conlleve a una integración de ambos tipos de derecho. Según lo sostienen los autores de dicha teoría: “Habida cuenta de que

la separación dualista tradicional entre la esfera nacional y la internacional no puede mantenerse en un espacio administrativo global integrado, la relación entre tales esferas requiere tanto un continuo reajuste pragmático, como una reelaboración teórica más profunda” (Kingsbury, et al., 2016, pp. 109).

Aunque la finalidad de los modelos presentados en las figuras 4 y 5 persiguen la hegemonía de la regulación a nivel global, en el derecho global (figura 4) las interacciones con el derecho doméstico se dan en un escenario distinto, dado que cada agente global lucha por hacer prevalecer su regulación en forma aislada a las demás entidades. En el modelo del Derecho Administrativo Global (figura 5), sus teóricos plantean la existencia de unas conexiones que le dan coherencia a dicho modelo y que permite identificar la manera como se articulan los organismos internacionales que en él se desenvuelven.

A pesar de que la teoría del derecho administrativo global aún se encuentra en construcción, sus teóricos han identificado en forma preliminar algunos principios y criterios jurídicos fundamentales, tanto de carácter procesal como sustantivo, que regirían el funcionamiento de este modelo. Sin embargo, aclaran que están sujetos a posteriores desarrollos prácticos que otras investigaciones definan (Kingsbury, et al., 2016, pp. 118-124). Estos son:

- Participación procedimental y transparencia. La participación procedimental se refiere al derecho a ser oído, es decir, la audiencia del interesado, el derecho a participar y que las alegaciones de los participantes sean tenidas en cuenta antes de tomarse una resolución. Por su parte, la transparencia y el acceso a la información para la participación y el control,

incentivan la rendición de cuentas en forma directa, dado que expone las resoluciones y los documentos a un debate abierto por parte de todos los intervinientes.

- Motivación de las resoluciones y decisiones. El deber de motivar las resoluciones y de responder las alegaciones efectuadas por las partes, se ha extendido al ámbito global. Aunque se trate de una incipiente tendencia, que principalmente se observa en el ámbito de los tribunales, se trata de un criterio en aumento que cada vez se viene adoptando por más agentes internacionales.
- Control o revisión. Se trata del derecho a tutela judicial efectiva, que en el ámbito de la administración global se refiere a que cualquier decisión que afecte los derechos de un sujeto sea objeto de examen y control por parte de un juez o tribunal (o un órgano cuasi judicial independiente).
- Estándares sustantivos: proporcionalidad, racionalidad de medios y fines, evasión de medios restrictivos innecesarios, confianza legítima, entre otros. En los casos que los derechos individuales puedan verse afectados, se activaría la protección del Derecho Administrativo Global, a través de estándares o criterios de carácter sustantivo a los que se sometería la actuación global.
- Excepciones e Inmunidades. Desde el derecho internacional público se toleran algunas restricciones del derecho a la tutela judicial de los derechos humanos, como es el caso de las limitaciones que derivan de la inmunidad del Estado; sin embargo, a través del principio

de proporcionalidad, se han presentado algunos casos a través de los cuales se ha relativizado el carácter absoluto de la doctrina de la inmunidad.

- Excepciones - regímenes especiales para determinados sectores. Los autores plantean que, en la práctica, se requiere de una diferenciación dentro del Derecho Administrativo Global, constituyendo regímenes con excepciones, matices o estándares más bajos en cuanto a la aplicación ordinaria del mismo, por ejemplo, en temas de seguridad nacional o decisiones de los bancos centrales, en cuyo caso, criterios como la participación, motivación y control, puedan requerir modularse en esas áreas específicas.

Investigaciones posteriores, podrán confirmar si estos principios y reglas (u otros), consolidan el modelo del Derecho Administrativo Global en las prácticas globales, así mismo, si los manuales de contratación de las entidades estatales de régimen especial requerirán adecuarse a los mismos, de manera que dichas entidades puedan interactuar con fluidez en el ámbito de dicha administración global. Esta propuesta, implica una reevaluación del concepto de lo público al actuar en dichos contextos internacionales, es decir, integrar aquellas reglas y principios reconocidos internacionalmente en la interpretación de los principios públicos, lo anterior, para permitir que dichas entidades estatales estén dotadas de los instrumentos de negociación propios de dicho contexto.

Para lograr dicha reevaluación de lo público, a través de la interacción de los ámbitos doméstico y global, resulta pertinente acudir a otra teoría reciente sobre la autorregulación denominada: Órdenes Jurídicos Transnacionales. Esta teoría explica la manera como se pueden integrar las

normas jurídicas en tres niveles: transnacional, nacional y local, para adecuar el derecho a los retos actuales que exige un mundo globalizado. Asimismo, dicha teoría aporta herramientas importantes para encontrar aquellas conexiones que le puedan permitir al derecho público conectarse de una adecuada manera con las estructuras del derecho administrativo global actual.

3. Órdenes Jurídicos Transnacionales (OJT)

Una de las teorías contemporáneas más interesantes en el ámbito de los estudios de derecho y sociedad es la teoría de los Órdenes Jurídicos Transnacionales. Los profesores Terence C. Halliday y Gregory Shaffer, en su texto denominado: *Transnational Legal Orders*, explican cómo los órdenes sociales son jurídificados transnacionalmente. Ellos identifican que cada vez más determinadas materias de interés global (por ejemplo: el cumplimiento de los derechos civiles, la estabilidad financiera, facilitar el intercambio comercial, la protección a la salud pública, la formación de nuevas empresas, entre otras) están pasando de un régimen particular de cada Estado al campo de las normas jurídicas transnacionales.

Estos autores se apartan de la distinción clásica entre derecho nacional y derecho internacional, y proponen un marco de análisis en el que ubican los procesos locales, nacionales, internacionales, y transnacionales, públicos y privados, de la práctica normativa que está en constante tensión dinámica (Halliday, T. & Shaffer, G., 2015, pp. 3). El interés de dichos autores se orienta a identificar cómo las normas jurídicas son desarrolladas, acordadas y conciliadas

transnacionalmente. En este sentido, analizan la armonización y la desarticulación de las normas jurídicas desde lo internacional y transnacional hasta lo nacional y local.

Halliday y Shaffer comparten el interés de otros académicos (Twining, Tamanaha, Zumbansen, Berman) en explorar cómo los conceptos de derecho “global” y “transnacional” se pueden ajustar a los procesos jurídicos que no están adecuadamente comprendidos por el derecho internacional. Los autores de la teoría de los OJT, consideran que si bien el término global implica que las normas jurídicas son creadas y difundidas globalmente en diferentes campos jurídicos -que no necesariamente involucran el derecho internacional tradicional entre los estados-nación-, dicho término puede resultar impreciso en la medida en que la regulación jurídica actual no es global en su alcance geográfico.

Teniendo en cuenta el alcance geográfico, sustancial (jurídico), y organizacional de tales ordenamientos, dicha regulación jurídica -que involucra además actores tanto públicos como privados-, circunscribe de mejor manera estos procesos en los conceptos de Órdenes Jurídicos Transnacionales y regulación jurídica transnacional. Estos OJT tienen alcances jurídicos y geográficos diferentes, y pueden interactuar entre ellos en supuestos particulares; en algunos casos, se puede llegar a la conciliación entre estos, y generarse la armonización de los mismos, lo cual puede llevar a una institucionalización de los OJT (Halliday, T. & Shaffer, G., 2015, pp. 4).

3.1 Concepto de Orden Jurídico Transnacional

Los autores de la teoría de los OJT, construyen una definición de dicho concepto, el cual entienden como: “un conjunto de normas jurídicas formalizadas y asociadas a organizaciones y actores que determinan unilateralmente la comprensión y práctica jurídica en todas las jurisdicciones nacionales”. En esta definición, aclaran que las “organizaciones y actores asociados” incluyen cualquier organización o formación social; los actores son tanto colectivos como individuales, más allá de las fronteras nacionales; y sobre el concepto de autoridad, explican que se refiere a la aceptación de las normas jurídicas, cómo se reflejan en la comprensión y el ejercicio del derecho (Halliday, T. & Shaffer, G., 2015, pp. 5-6). La anterior definición de los OJT ha llevado a los creadores de dicha teoría a cuestionarse por la manera como estos surgen y decaen en su capacidad de obligar y permitir diferentes comportamientos en diversas esferas de la vida social, por lo cual, analizan los tres elementos que estructuran el concepto de OJT, mediante los siguientes interrogantes:

El primer interrogante se enfoca en determinar qué es un “orden” dentro de la noción de OJT, es decir, cuáles comportamientos están comprendidos en la noción de orden. Un OJT busca lograr orden en el ámbito de las actividades sociales, o un área conflictiva que los actores relevantes hayan definido como un “problema”. Un orden jurídico transnacional está orientado hacia la regulación del comportamiento, más precisamente está dirigido a producir un orden particular fuera del caos, la anarquía, la imprevisibilidad y la irregularidad.

El esfuerzo de producir estos órdenes convencionalmente surge de un problema o asunto que se deriva de un actor agraviado o responsable de mejoramiento (Ejemplo: tráfico de humanos, riesgos del cambio climático, imposición de doble tributación, estabilidad monetaria, contagio financiero, crédito doméstico insuficiente). Se trata de temas que desbordan la nación, y tienen que ver con aquellos comportamientos humanos que en otra época no eran valorados como problemas, y que actualmente sí lo son.

La construcción de un problema está relacionada con los propósitos o metas que tienen los actores al crear un OJT, se trata de crear alternativas para los problemas existentes. Halliday y Shaffer explican que para los estudiosos de lo socio-jurídico, es importante no solamente analizar la creación de las normas jurídicas transnacionales, o la construcción de estos órdenes en uno o muchos países, sino que los mismos están cargados con orientaciones normativas, cuya aplicación afecta los comportamientos sociales. El concepto de un orden jurídico, como el de un orden político, es muy amplio, puede contener muchas variaciones y evoluciones, es decir, su espectro es bastante amplio, y permanece abierto a cambios, es dinámico. (Halliday, T. & Shaffer, G., 2015, pp. 7-11).

El segundo interrogante es determinar qué es “jurídico” en el concepto de OJT. Los órdenes jurídicos transnacionales son jurídicos en la medida que tienen una forma jurídica, son producidos por, o en cooperación, con un órgano o red transnacional, y están dirigidos directa o indirectamente, a los órganos jurídicos nacionales. Dicho de otra manera, un OJT es jurídico, cuando él involucra organizaciones o redes jurídicas internacionales o transnacionales, directa o

indirectamente envuelve múltiples instituciones jurídicas nacionales y locales, y asume una forma jurídica reconocible.

Los autores de esta teoría señalan que lo jurídico implica distinguir las normas jurídicas de otras normas sociales, lo cual no es una tarea sencilla. Ellos conciben que desde una perspectiva socio-jurídica el derecho establece una normatividad generalizada, entendida y usada por distintos actores en un contexto determinado, con el propósito de obligar y permitir unos comportamientos particulares. En este sentido, consideran que lo jurídico en un OJT incluye los siguientes tres atributos:

(1) Las normas son producidas por -o en conjunto con- una organización jurídica o red que trasciende o expande el Estado – Nación. Las normas jurídicas transnacionales que surgen, pueden provenir de normas preexistentes de países poderosos o por actores privados poderosos o redes. Quienes impulsan la creación jurídica de las normas transnacionales, ya sean Estados u otros actores, tienden a involucrarse en organizaciones internacionales y transnacionales, y redes, para así legitimar dichas normas y, en consecuencia, aumentar su autoridad.

Estas organizaciones y redes son importantes no solo para el proceso de formación de las normas jurídicas, su acuerdo y potencial institucionalización, sino para su interpretación, monitoreo, revisión y, en algunas ocasiones, juzgamiento. Algunos ejemplos que citan los autores de la teoría de los OJT, se pueden encontrar en instituciones como el Consejo de Seguridad de la ONU, el FMI, *UNIDROIT*, en cuerpos cuasi-regulatorios como la Organización Internacional de

Aviación Civil o la Agencia de Energía Atómica Internacional, o también en cortes, como la Corte de Justicia de la Unión Europea o la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

(2) Las normas jurídicas directa o indirectamente, formal o informalmente, vinculan instituciones jurídicas con múltiples Estados - Nación, bien sea en su adopción, reconocimiento o ejecución. En la teoría de los OJT el Estado – Nación permanece como eje central de la creación de lo jurídico, su reconocimiento y ejecución. El concepto de derecho transnacional no es autónomo del derecho y las instituciones jurídicas nacionales, sino que los OJT y el derecho de un Estado se encuentran conectados. Las normas jurídicas transnacionales tienen en común que los actores buscan conducir la adopción, reconocimiento y ejecución de estas normas en los Estados – Nación.

Un ejemplo que plantean los autores de esta teoría es que las instituciones transnacionales privadas desarrollan normas formales que son usadas en los contratos y que necesariamente terminan por ser reconocidas y puestas en ejecución por las cortes nacionales. La Cámara de Comercio Internacional emite reglas correspondientes a costumbres y prácticas uniformes, un ejemplo de esto, las cartas de crédito, las cuales son incorporadas por bancos y reconocidas por cortes. Esto afecta los negocios, la interpretación y el sentido del derecho público nacional en cartas de crédito. La consecuencia más importante de lo anterior, es que este tipo de normas se convierten en parte de los OJT. Este mismo ejemplo aplica en regulaciones como los Incoterms o las normas ISO.

(3) Las normas son producidas bajo conceptos jurídicamente reconocidos. Las normas jurídicas en la teoría de los OJT se distinguen de otras normas, porque estas son formalizadas a través de fuentes del derecho, en forma escrita, estándares, modelos o sentencias. En el ámbito nacional se incluye el derecho sustantivo o procesal en códigos, regulaciones y estudio de casos; tratándose del contexto transnacional, las normas se formalizan a través de tratados, códigos, leyes modelo, normas y guías administrativas, y sentencias (Halliday, T. & Shaffer, G., 2015, pp. 15).

Entre las anteriores fuentes jurídicas de interés para la teoría de los OJT, resulta de particular importancia identificar las normas *hard law* y *soft law*, incluyendo aquellas desarrolladas por organizaciones privadas. Esta clase de regulaciones generalmente pretenden determinar la producción, interpretación y aplicación del derecho en las instituciones jurídicas domésticas.

Los autores de la teoría de los OJT proponen como ejemplos que la CNUDMI y *UNIDROIT* producen convenciones y leyes modelo; mientras el BM y el FMI firman y preparan acuerdos de ajustes estructurales, cuya finalidad es construir modelos comunes que encaminen y enuncien las condiciones para la financiación posterior, vinculada a los cambios en el derecho y la práctica jurídica nacional; o los tribunales regionales e internacionales y los tribunales de arbitramento, que igual que los tribunales nacionales, emiten decisiones a través de las cuales resuelven conflictos jurídicos.

La tercera pregunta es determinar qué es “transnacional” en el concepto de OJT. Los órdenes jurídicos son transnacionales en la medida que ordenan relaciones sociales que trascienden al Estado - Nación. El ámbito de lo transnacional incluye el derecho internacional público

(ordenamiento que abarca las relaciones entre los estados-nación y las operaciones entre las organizaciones internacionales creadas por estos) y el derecho internacional privado (el cual alude a los conflictos entre jurisdicciones nacionales que confirman su autoridad por encima de las actividades transnacionales de los actores privados), y se extiende más allá de ellos (Halliday, T. & Shaffer, G., 2015, pp. 19-20).

El concepto transnacional en su forma perfecta, requiere de una conciliación entre las normas transnacionales con el derecho nacional y local, en cuyo caso se produce la institucionalización de las normas de un OJT. Si el desarrollo, comprensión y aplicación de las normas jurídicas nacionales se encuentran influenciadas, pero no determinadas por la regulación jurídica transnacional, entonces estamos frente a un OJT parcial, dado que en ese caso no se encontraría institucionalizado completamente.

El impacto transnacional de un OJT dependerá de su alcance, en algunos casos, a través de acuerdos bilaterales, plurilaterales, códigos privados transnacionales, órganos regionales de gobernanza, e incluso la regulación global. El Estado – Nación es superado en diferentes campos por reguladores, comerciantes y la misma sociedad civil, quienes, a su vez, generan el desarrollo y cruce de redes transnacionales económicas, sociales, regulatorias y judiciales, las cuales determinan el alcance geográfico y jurídico de un OJT.

3.2 Alcance jurídico y geográfico de los OJT

Los órdenes jurídicos transnacionales articulan un conjunto de normas de materias jurídicas dentro de un territorio determinado, esto se refiere al alcance jurídico y geográfico. Dependiendo de la combinación entre el alcance jurídico y el geográfico, los OJT pueden tener una variedad de formas, en algunos casos, el alcance jurídico puede ser estrecho y el alcance geográfico amplio, en otros, el alcance jurídico puede ser amplio y el geográfico puede ser estrecho (Halliday, T. & Shaffer, G., 2015, pp. 28).

También los OJT pueden coincidir en parte, competir, complementarse o ser paralelos unos con otros. Halliday y Shaffer proponen el siguiente ejemplo para ilustrar lo anterior: En Asia se identifican tres OJT: El Banco de Desarrollo Asiático (ADB), el FMI y el BM, que estarían en potencial competición para ver quién impone su normativa o primacía. En Europa también se identifican tres OJT: El Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo (EBRD), el FMI y el BM; si se ampliara el alcance geográfico al mundo, entonces -en principio- los OJT son dos: FMI y BM, sin embargo, se debe tener en cuenta que el ADB y el EBRD serían potenciales competidores en las regiones particulares previamente señaladas. Si este ejemplo se extiende al caso de América Latina y el Caribe, entonces allí se identificarían los siguientes OJT: FMI, BM y BID.

El anterior ejemplo permite comprender la importancia de identificar el alcance jurídico y geográfico de un OJT. La perspectiva para la competición o la interdependencia depende considerablemente del grado en el cual el alcance jurídico (materia jurídica) y el geográfico

(territorio) coinciden. Las dinámicas de estos OJT diferentes determinan las circunstancias en que estas normas jurídicas transnacionales pueden ser promulgadas por organizaciones competidoras o revisadas en el tiempo por el mismo organismo transnacional. Estas dinámicas forman los grados de decisión que los estados nacionales y los actores privados tienen sobre cuál orden normativo adoptan. (Halliday, T. & Shaffer, G., 2015, pp. 30).

3.3 Formación de los OJT

Los autores de la teoría de los OJT señalan que la formación de dichas normas no resulta constante, más bien, se trata de una actividad puntual, que se caracteriza por ciclos y varía en intensidad y medida. La respuesta a por qué y cómo un OJT con un contenido jurídico particular y con unas fronteras delimitadas se origina, dependerá de lo que Halliday y Shaffer explican como una combinación de circunstancias facilitadoras y condiciones precipitantes.

Las condiciones precipitantes se refieren a los eventos que desencadenan las crisis o reforman un OJT. Por ejemplo: crisis financieras, cambios geopolíticos, estallidos de conflictos armados, epidemias súbitas, crisis ambientales, cambios políticos súbitos en naciones claves y conflictos entre organizaciones internacionales existentes.

Las circunstancias facilitadoras, a diferencia de las condiciones precipitantes, no tienen el alcance de una crisis, sino que se refieren a cambios puntuales. Se trata del comienzo de episodios que crean, adaptan, reforman, reemplazan o destruyen un OJT. Halliday y Shaffer señalan que las circunstancias facilitadoras se pueden producir por factores como:

- Una desarticulación creciente entre la regulación nacional y los mercados globales a la luz de los cambios que genera la interdependencia económica (Cuando los mercados se convierten de forma creciente en regionales y globales, y el orden jurídico permanece nacional, la desarticulación crea lentas presiones para el cambio).
- Cambios en los intereses y configuración de poder de los estados – nación y otros actores con respecto a la demanda de, y frente al contenido, del OJT (Naciones poderosas y otros actores buscan crear y dar forma a los OJT que impulsen sus intereses particulares de cara a los retos de otros).
- Transformación en las ideas y la conceptualización de los problemas que dan forma a la regulación de las economías y las instituciones políticas (La globalización cultural soportada en los nuevos medios, la comunicación, y las tecnologías del transporte, facilitan la circulación de ideas y la conceptualización común de problemas y el imaginario de soluciones que impone el ordenamiento jurídico, como la protección de los derechos individuales y la organización de las economías).
- Cambios tecnológicos e invenciones industriales y desarrollos en la organización de los negocios (Actualmente quienes elaboran las políticas han re-pensado el ámbito de las reglas del comercio multilateral a la luz de las crecientes cadenas de suministros globales y regionales descentralizadas).

- Consecuencias no intencionadas de los OJT existentes en sí mismos. (En la formación, multiplicación y desintegración de esta clase de normas, puede haber consecuencias no buscadas; los autores de esta teoría proponen como ejemplo que un OJT desarrollado para limitar la doble imposición dio lugar a un creciente arbitraje de impuestos por las entidades corporativas, estimulando la presión por un nuevo OJT que regulara en la “dañosa” competición impositiva).

3.4 Institucionalización de los OJT

La institucionalización es la forma perfecta de un OJT. Halliday y Shaffer explican que esto se produce cuando las normas jurídicas y la práctica convergen para guiar a los actores acerca de cuáles normas aplicar en determinadas situaciones. Ellos estudian la extensión de la institucionalización de los OJT en dos dimensiones 1) El acuerdo de las normas jurídicas y 2) El grado de alineamiento de los OJT con un tema particular.

En relación con la primera dimensión, plantean que el acuerdo de las normas jurídicas tiene que ver con lo que algunos sociólogos del derecho, como el realista Karl Llewellyn, denomina “los caminos del derecho”. Este concepto se refiere a la forma como las cortes estabilizan el significado de los términos ambiguos en el orden jurídico, de manera que se produce un alto nivel de consenso normativo que, a su vez, genera un acuerdo normativo en los demás operadores jurídicos. A partir de dicha la teoría, Halliday y Shaffer proponen un modelo para estudiar el acuerdo de las normas jurídicas en tres niveles: transnacional, nacional y local.

En el nivel transnacional plantean que se encuentran las normas *hard law* y *soft law*, convenciones, mejores prácticas, guías interpretativas, e indicadores diagnósticos (los emitidos por Naciones Unidas, los regionales y los expedidos por otros organismos), tratados de derecho económico, leyes modelo, guías legislativas, e indicadores (FMI, BM, CNUDMI y *UNIDROIT*), estándares (Codex Alimentarius, ISO y la Cámara de Comercio Internacional), y decisiones judiciales o arbitrales (Órgano de Apelación del OMC, Corte Penal Internacional, y tribunales regionales e internacionales ad hoc, entre otras). Las normas transnacionales serán consideradas como acordadas, cuando los civiles, los prácticos del derecho, otros profesionales relevantes, los hombres de negocios, estudiosos y jueces, puedan coincidir en su significado.

En el nivel nacional, el acuerdo en el significado de las normas jurídicas surge de la interacción de estatutos, regulaciones y reglas judiciales dentro de un país, sea que la elaboración de las normas incluya órganos públicos o privados (tales como los acuerdos estándar privados u organismos arbitrales). En un orden nacional acordado, el legislador o los reguladores no van a producir frecuentemente nuevas normas o interpretarlas, a menos que sean parte de un proceso de cambio.

En el nivel local, el acuerdo de las normas jurídicas implica que el significado de las mismas se estabiliza “dentro de las mentes” y prácticas de los actores públicos o privados que implementan e interpretan las normas. A menudo estas normas son establecidas en textos locales, guías prácticas de una asociación profesional, un manual o publicación de una firma legal, una firma de contadores, un departamento de personal, dentro de una corporación o grupo corporativo para sus respectivos profesionales y clientes. Estas normas jurídicas son interiorizadas y se reflejan en la práctica (Halliday, T. & Shaffer, G., 2015, pp. 44).

A su vez, los OJT pueden variar desde una gran concordancia hasta la discordancia entre los niveles transnacional, nacional y local. Por ejemplo, Halliday y Shaffer entienden que un OJT es muy concordante cuando las normas y practicas trasnacionales, nacionales y locales, son acordadas con significados muy parecidos. También puede existir una mezcla entre concordancia y discordancia, tanto cuando existen normas trasnacionales y nacionales acordadas con una discordancia en los entendimientos y practicas locales, como en el caso de concordancia entre normas trasnacionales y aquellas adoptadas por actores locales y discordancia con las normas jurídicas nacionales. Finalmente, se encuentra la discordancia, cuando las normas trasnacionales son acordadas, pero ni los gobiernos nacionales y locales las han adoptado todavía.

En cuanto a la segunda dimensión, en los OJT pueden producirse diferentes procesos de alineamiento en una materia. Halliday y Shaffer identifican cuatro posibilidades de alineamiento (los cuales tienen impacto sobre el acuerdo normativo y la institucionalización de los OJT): 1. Correspondencia. Un OJT se corresponde en su alcance jurídico y geográfico con un problema subyacente o área temática. 2. Partición. Múltiples OJT pueden alinearse con diferentes aspectos de un problema en una división complementaria del trabajo, en el cual se divide el alcance jurídico o geográfico entre ellos. 3. No alineación. Un OJT aplica a una parte o a toda una materia, pero se extiende más allá de ella. 4. Alineamiento competitivo o antagónico. Múltiples OJT incipientes compiten o son antagonistas entre sí, porque ellos operan bajo diferentes marcos orientadores.

Los autores de esta teoría, explican que los OJT están más alineados cuando hay un solo OJT regulando un asunto o en el evento de varios OJT dividiendo algunas tareas o territorios entre ellos, y cuando hay una mayor concordancia entre niveles; y los OJT están menos alineados cuando hay

múltiples OJT compitiendo entre ellos en relación con un asunto o un solo OJT que se alinea de forma pobre con un asunto, y cuando hay un alto nivel de discordancia a través de los niveles. El doble reto de alcanzar, por una parte, el alineamiento en cada nivel y, de otra parte, la concordancia entre niveles, demuestra la complejidad de lograr la institucionalización de un OJT.

La teoría de los OJT descrita previamente, construida por los profesores Halliday y Shaffer, brinda herramientas teóricas importantes para analizar desde la integración de lo transnacional, nacional y local la elaboración de normas jurídicas y su práctica en un marco que incorpore los cambios dinámicos que se dan en el ordenamiento jurídico actual (Halliday, T. & Shaffer, G., 2015, pp. 63-65). Estas herramientas resultan de utilidad para analizar la manera como en el ordenamiento jurídico colombiano se vienen institucionalizando algunos OJT, entre estos, el proceso de incorporación a nivel nacional y local de los Principios *UNIDROIT* en las contrataciones internacionales de las entidades estatales.

3.5 OJT en el contexto colombiano

La globalización es un fenómeno que también se ha incorporado en la dinámica de la economía colombiana. Entre las diferentes manifestaciones de este fenómeno, sin lugar a dudas, los intercambios comerciales son uno de los elementos que más impactan los resultados económicos de un país. La gran variedad de convenios internacionales y tratados de libre comercio suscritos

por Colombia, y la respectiva incorporación de estos a la legislación nacional¹², están dinamizando en forma exponencial los intercambios comerciales entre Colombia y otros países.

Para el año 2011, en un informe de la firma investigaciones Ernst & Young, el cual mide el nivel de globalización de los 60 países más grandes del mundo -en relación con el tamaño de sus economías-, Colombia se ubica como el cuarto país más globalizado de América Latina, ocupando la posición 43 entre los países más globalizados del mundo (Portafolio, 2012, párr.2). Aunque más recientemente algunos fenómenos económicos como la variación de los precios del petróleo en el mundo, y la consecuente revaluación del peso colombiano en relación con el dólar, han impactado la economía colombiana, es innegable que el proceso globalizador en Colombia es un camino sin retorno, aún a pesar de los temores e incertidumbres que esto pueda suscitar (Dinero, 2014).

En este continuo proceso de globalización en Colombia, toma mayor relevancia comprender cómo las normas transnacionales se van incorporando a la normatividad nacional y a la práctica local. Las herramientas teóricas previamente estudiadas sobre los OJT, permiten abordar desde una perspectiva más comprensiva la manera como las normas transnacionales se insertan en los Estados y en las prácticas cotidianas de los operadores jurídicos.

Algunos ejemplos en Colombia que facilitan la comprensión de la anterior teoría, pueden encontrarse en casos de OJT institucionalizados, como las normas UPC 600 (reglas y usos

¹² En la página web del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (2016), puede observarse la gran variedad de tratados de libre comercio suscritos por Colombia y las respectivas leyes que los han ratificado.

uniformes relativos a los créditos documentarios), emitidas por la Cámara de Comercio Internacional (2016), organismo internacional que destaca de estas normas lo siguiente:

Las UCP 600 contienen importantes disposiciones en los sectores del transporte, seguros y en el propio cumplimiento, que supondrán la base de las transacciones con créditos documentarios en los próximos años. Desde su creación, las UCP han sido un componente vital del comercio internacional.

Desde la perspectiva transnacional, resulta indiscutible la importancia que estas normas tienen para el comercio internacional. Ahora bien, tratándose de Colombia en los ámbitos nacional y local, las prácticas comerciales han conducido a Cámaras de Comercio como las de Bogotá y Cali, a reconocer en forma explícita como costumbre mercantil, que los derechos y obligaciones que se derivan de las cartas de crédito en los contratos de compraventa internacional de mercaderías, estén sujetos a las reglas y usos uniformes adoptados por la Cámara de Comercio Internacional en las normas UPC 600¹³. En igual sentido, cualquier entidad estatal colombiana que pretenda celebrar un contrato internacional, en el cual incorpore disposiciones sobre créditos documentarios, debe considerar las normas UPC 600, si quiere lograr una transacción comercial eficiente que se adecue a los estándares del comercio internacional para esta clase de operaciones.

Pretender celebrar un contrato internacional que incluya créditos documentarios, sin considerar las normas UPC 600 (aunque se trate de una entidad estatal), reflejaría un evidente

¹³ En las páginas web de la Cámara de Comercio de Bogotá (2016) y Cámara de Comercio de Cali (2016) se puede evidenciar la incorporación de las normas UPC 600 como costumbre mercantil.

desconocimiento de la práctica comercial internacional, y podría generar dificultades contractuales en el perfeccionamiento y ejecución del contrato. Lo anterior, en virtud de que los proveedores internacionales muy probablemente condicionarían la celebración del contrato a reglas conocidas, estandarizadas y que generen confianza en las transacciones comerciales internacionales.

Las normas UPC 600 constituyen un ejemplo claro de un OJT que se encuentra institucionalizado, y tiene plena aplicación en Colombia. Ahora bien, sería pertinente preguntarse si otra clase de instrumentos internacionales, como los principios *UNIDROIT*, gozan del mismo nivel institucionalización o si se encuentran en dicho camino.

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (*UNIDROIT*), es una organización intergubernamental independiente que tiene por objetivo estudiar las necesidades y métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho internacional privado y el derecho comercial, en particular entre los Estados, así como formular los instrumentos de derecho uniforme, principios y normas para alcanzar dichos objetivos. Actualmente 63 Estados se han adherido a dicho instituto (Cancillería, 2016).

Ente las normas emitidas por *UNIDROIT*, se encuentran los Principios *UNIDROIT*. La importancia de estos principios es resaltada por autores como Oviedo (2003), quien considera que de los instrumentos trabajados por *UNIDROIT*, tal vez, el que más difusión ha tenido, y sobre el que existe mayor consenso en el derecho mercantil internacional, es el que contiene los principios para los contratos comerciales internacionales.

Teniendo en cuenta la importancia que tienen los Principios *UNIDROIT* para el comercio internacional, y la cantidad de países (y la relevancia de los mismos en la economía mundial) que integran *UNIDROIT*, es claro que estos tienen un alcance transnacional. En el caso de Colombia, mediante la Ley 32 de 1992, se incorporó a la legislación el “Estatuto Orgánico del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado”, elaborado en Roma el 15 de marzo de 1940.

No obstante, lo anterior, los Principios *UNIDROIT* aún no son ampliamente reconocidos en las prácticas nacionales y locales. Si bien en el ámbito del derecho privado nacional, se ha generado el precedente a través del cual la Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (21 de febrero de 2012) Sentencia 11001-3103-040-2006-00537-01 (M.P. William Namén Vargas), se ha pronunciado favorablemente en cuanto a la posibilidad de escoger como ley del contrato un instrumento de *soft law*, como son los Principios *UNIDROIT* sobre los contratos comerciales internacionales (Oviedo, 2012, pp. 129-130), aún falta camino por recorrer para que en forma generalizada jueces y otros operadores jurídicos apliquen dichos principios.

En igual sentido, constituye un camino por transitar, que jueces y operadores en el ámbito público incorporen en su práctica cotidiana la aplicación de los principios *UNIDROIT*, particularmente, se considera que las condiciones para que esto se pueda dar en forma efectiva, están dadas en el caso de los contratos internacionales de las entidades de régimen especial, quienes por celebrar con mayor frecuencia contratos internacionales e interactuar constantemente con proveedores extranjeros, cada vez tienen una mayor necesidad de incorporar estos principios en los contratos internacionales que celebran.

El camino de la institucionalización del OJT de los principios *UNIDROIT* en Colombia, requiere una mayor divulgación de los mismos en todos los ámbitos académicos, profesionales, empresariales, judiciales e institucionales. Lo anterior, con el fin de lograr que los operadores jurídicos -entre estos los que interactúan con las entidades estatales-, conozcan la importancia de pactar los Principios *UNIDROIT* en los contratos que celebran dichas entidades, y de esta manera, permitir que actúen en forma armónica con los estándares internacionales.

En la actualidad, no podría afirmarse que los principios *UNIDROIT* constituyen un OJT plenamente institucionalizado en Colombia, dado que las prácticas nacionales y locales se encuentran en un estado de discordancia parcial en el entendimiento sobre la aplicación de estos principios a nivel nacional. A pesar de que Colombia es miembro de *UNIDROIT*, particularmente los jueces aún no incorporan de manera uniforme en sus providencias la aplicación de estos principios, en especial, tratándose de los jueces administrativos, quienes se enfocan principalmente en una interpretación doméstica de los principios públicos establecidos en la Constitución Política y en la ley. En el ámbito local, también existe una discordancia parcial, dado que los operadores jurídicos en el ámbito de lo público aún desconocen en forma amplia la necesidad de incorporar estos principios en los contratos internacionales que celebran.

Para institucionalizar los Principios *UNIDROIT* en Colombia, se requiere de una consolidación de las prácticas locales, es decir, un proceso de comprensión por parte de todos los operadores jurídicos de la importancia de armonizar estos principios en los contratos de las entidades de régimen especial, de manera que las mismas, estén dotadas de las herramientas de negociación que sus actividades demandan en un mundo globalizado. A continuación, en la figura 6 (de creación

propia), se presenta un comparativo en Colombia entre un OJT institucionalizado (Normas UPC 600) y los principios *UNIDROIT* -que se encuentra en dicho camino-.

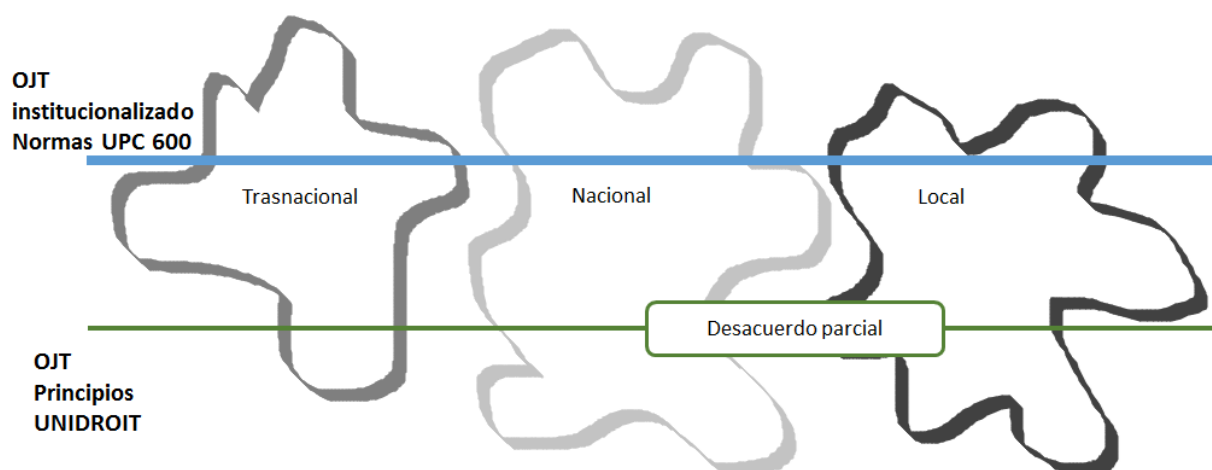


Figura 6. Comparativo entre un OJT institucionalizado y un OJT en proceso de institucionalización en el contexto colombiano

El desacuerdo parcial o discordancia parcial en el entendimiento de los Principios *UNIDROIT* en los niveles nacional y local, significa que los Principios *UNIDROIT* en Colombia son un OJT en camino de institucionalización. Lograr un OJT en su forma perfecta, como el caso de las normas UPC 600, constituye el modelo a seguir respecto a la aplicación de los Principios *UNIDROIT* en los contratos internacionales que celebran las entidades de régimen especial, particularmente, por la necesidad que tienen estas entidades de actuar en forma armónica con los OJT existentes, y de esta manera, desenvolverse en forma armónica en el espacio global; solo así, podrán ser más eficientes, y producir los mayores beneficios al interés público que representan.

4. Normas *soft law* en la actividad contractual del Estado

El comercio es una de las actividades humanas más antiguas e importantes del desarrollo social. Sin embargo, el surgimiento de un derecho especial para los comerciantes, denominado *lex mercatoria*, solo tuvo su origen a partir de la época medieval europea, cuyo impacto fue de gran relevancia en la interacción de las sociedades europeas de aquella época. La dinámica comercial permitió que en dicho periodo la *lex mercatoria* adquiriera las siguientes características: (i) un derecho especial, frente a los derechos generales como el romano o el germánico, (ii) un derecho profesional, en razón a la calidad especial que tenían quienes lo desarrollaban: los comerciantes, (iii) un derecho consuetudinario, (iv) un derecho con su propio sistema judicial (Tobar, 2012, pp. 240 -243).

La ilustración y la época industrial constituyeron los escenarios que dieron muerte a la *lex mercatoria* medieval, dadas las tendencias codificadoras y el centralismo estatal que caracterizaron estos periodos (Tobar, 2012, pp. 243 -245). No obstante, en las últimas décadas del siglo XX, surge un proceso irreversible de globalización, en el que se destaca una difusión acelerada y generalizada de las tecnologías de la comunicación, la interdependencia de los países del mundo, producida por el volumen y la variedad de transacciones transfronterizas de bienes y servicios y flujos de capitales, así como el surgimiento de las multinacionales como actores relevantes del escenario mundial (Cassese, 2006, pp. 13-14).

En este nuevo escenario mundial de globalización, fue necesaria la creación de normas uniformes para la contratación internacional, lo cual se ha producido por dos vías: (i) Creación de

normas materiales uniformes por consenso entre los Estados (Por ejemplo la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías) o (ii) Creación de normas materiales uniformes por parte de los actores del comercio internacional, también denominada en el contexto actual como la nueva *lex mercatoria*. (Tobar, 2012, pp. 245 -248).

Algunos autores como De Ly (2001), consideran que las discusiones sobre la existencia de la *lex mercatoria* como derecho autónomo han ido perdiendo sentido, dado que la práctica comercial transnacional la ha consolidado como sistema jurídico, y más bien, lo que generaría interés actual son las circunstancias y la manera de aplicarla:

El cambio más importante en los noventa es, en cierto modo, que el debate ya no se reduce a una religión con creyentes e infieles, sino que reconoce en alguna medida que la *lex mercatoria* –concebida por Goldman como un sistema jurídico autónomo- ha llegado para quedarse como un hecho de la vida y que la cuestión se refiere ahora más bien a las condiciones y circunstancias bajo las cuales debe ser aplicada (Fix y Konradi, 2006, pp. 694).

Según lo expresado por De Ly, la manera de aplicar la *lex mercatoria*, constituiría el foco de interés contemporáneo, por lo cual, se considera que uno de los aspectos más relevantes para la celebración de los contratos internacionales en el contexto actual, es conocer la manera como la *lex mercatoria* es aplicada en las jurisdicciones nacionales. En este sentido, se comparte lo planteado por Tobar (2012, pp. 269-270), respecto a la importancia de tener en cuenta las regulaciones estatales en los contratos internacionales que incorporen la *lex mercatoria*:

Se debe tener presente que las normas que son contenido de la nueva *lex mercatoria* han surgido con la aquiescencia de los Estados y en muchas ocasiones con el visto bueno de ellos. Asimismo, son los Estados quienes mediante actos de soberanía ratifican tratados bilaterales y multilaterales de textos que en ocasiones constituyen *lex mercatoria*, o en su defecto que permiten su aplicación.

Teniendo en cuenta las nuevas dinámicas globales de producción legal, la nueva *lex mercatoria* emerge en el comercio internacional como un cuerpo de reglas identificables y aplicables en la solución de los conflictos que se presentan en los contratos internacionales.

Sin embargo, aunque la nueva *lex mercatoria* surge como un cuerpo anacional de reglas, es claro que la ejecución del contrato y de las decisiones arbitrales internacionales es un proceso que se adelanta dentro de fronteras nacionales, por lo cual el contenido y la aplicación de nueva *lex mercatoria*, así como de cualquier cuerpo normativo internacional, siempre deberá estar sujeta a las reglas imperativas del Estado donde se pretende hacer valer la regla de conflicto.

La conexión entre el derecho de cada Estado con la *lex mercatoria*, se convierte en uno de los aspectos más importantes a tener en cuenta para la celebración de los contratos internacionales. En este sentido, se plantea que, para generar tal conexión, el uso de teorías como el derecho reflexivo -primer capítulo-, y los órdenes jurídicos transnacionales –tercer capítulo-, son de utilidad para enlazar lo transnacional con lo nacional y local.

También es relevante tener en cuenta que, entre las diversas manifestaciones de autorregulación en el contexto internacional, han surgido formas de regulación especial por parte de actores privados en la contratación internacional, algunas de estas provienen de convenios internacionales, por ejemplo, la Convención de Nueva York -suscrita por Colombia-, la cual legitima el acceso al arbitraje internacional. En otros casos, no provienen de tratados internacionales suscritos por los Estados, aunque son reconocidas y aplicadas en la interacción económica mundial, entre las cuales, se destacan las denominadas normas *soft law*, las cuales constituyen una expresión de la nueva *lex mercatoria*. Berger (1999) describe las normas *soft law* de la siguiente manera:

El *soft law* consiste en las normas o provisiones encontradas en las leyes modelo (pero no incorporadas a la ley nacional), principios encontrados en compilaciones, guías legales, en documentos de académicos, así como en instrumentos que regulan los contratos provenientes de la labor compiladora de usos y prácticas mercantiles de instituciones como la Cámara de Comercio Internacional de París. Igualmente, hacen parte de ésta aquellas estipulaciones contractuales que no entran en conflicto con normas imperativas o de orden público. (Rodríguez, 2010, pp. 33)

En efecto, el concepto de *soft law* tiene que ver con normas que no han sido sometidas a procesos de institucionalización, por lo cual, no ostentan una obligatoriedad suficiente para darles una aplicación inmediata sin pacto contractual alguno (Vernaza, 2010, pp. 160). El *soft law* se distingue del *hard law*, el cual se refiere al derecho legislado, es decir, convenciones y tratados internacionales sobre comercio internacional, cuya coercibilidad se determina por la ratificación de los Estados a dichos instrumentos y la relación de las partes y actores del comercio internacional

con dichos Estados, según cada tratado; mientras en el *soft law*, se encuentran los instrumentos de derecho no legislado, tales como recopilaciones de principios, reglas, costumbres, usos uniformes, cuya coercibilidad está limitada por la autonomía de las partes al consentir en que dichos instrumentos sean aplicados a sus relaciones dentro del Comercio Internacional (Forero, 2007, pp. 8).

Es plausible que el *soft law* cada vez tiene un mayor impacto en el ámbito de los Estados, quienes cada vez son más permeados por esta clase de instrumentos, en este sentido, Pier Giuseppe Monateri y Alessandro Somma (León, 2011, pp.15), sostienen lo siguiente:

...es una fuente no vinculante según los cánones tradicionales, pero se trata, de todas maneras, de una fuente jurídicamente relevante, que es parte de un complejo y variado sistema flexible de reglas dotadas de variada intensidad prescriptiva, cuya normatividad es graduada o relativizada. Un sistema que, como la gobernanza, se puede describir como una red, que evidentemente tiene nudos fuertes, pero que se enriquece, cada vez más, con elementos blandos, funcionales para permitir el allanamiento en el territorio alguna vez regido por la soberanía nacional.

De las normas *soft law* se desprenden diversas manifestaciones como los estándares internacionales, las leyes modelo, y normatividad emitida por algunas entidades como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (*UNIDROIT*), la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado

(HCCH), la Comunidad Andina de Naciones (CAN), la Cámara de Comercio Internacional, la Unión Europea, el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, entre otros.

Todas estas regulaciones denominadas *soft law*, son de gran importancia para la celebración de contratos internacionales. Un buen ejemplo de ello son los INCOTERMS, los cuales corresponden a un conjunto de usos internacionales, recopilados por la Cámara de Comercio Internacional, que determinan el alcance de las cláusulas comerciales incluidas en el contrato de compraventa internacional (Rodríguez, 2010, pp. 18). Debido a que los INCONTERMS solo se aplican cuando las partes los han incorporado en forma expresa en el contrato, son considerados *soft law* (Rodríguez, 2010, pp. 32-33).

Es importante considerar que las entidades estatales de régimen especial, en sus contratos internacionales, requieren aplicar regulaciones como los INCOTERMS, las normas UPC 600, los Principios *UNIDROIT*, así como otros instrumentos de *soft law*, por lo cual, para estas entidades es necesario comportarse articuladamente con dichas regulaciones para lograr integrarse en la dinámica comercial transnacional.

Respecto a las entidades de régimen especial, es pertinente aclarar que en la celebración de contratos internacionales existen sujetos de naturaleza privada y entidades estatales¹⁴. En el caso colombiano, aquellas entidades estatales han contratado por regla general a través del Estatuto

¹⁴ Los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, señalan aquellas entidades que se consideran estatales para los efectos de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993 modificada por la Ley 1150 de 2007).

Sin embargo, el legislador también ha creado otros regímenes especiales de contratación, en palabras de Marín (2010, pp. 350): “con el paso de los años creó el legislador demasiados regímenes especiales, también conocidos como “entidades excluidas” de la Ley 80, con lo cual el estatuto contractual se convirtió en una colcha de retazos”. Estas entidades, también denominadas de régimen especial, las cuales comprenden un amplio segmento de las contrataciones en Colombia, se caracterizan porque en su contratación tiene prevalencia el régimen de derecho privado.

Existen diferentes razones -explicadas en capítulos anteriores- por las cuales cada vez es más recurrente la contratación internacional de las entidades de régimen especial, por lo cual, se hace necesario que los diferentes operadores jurídicos identifiquen las regulaciones propias del *soft law*, y las consideren en dicha clase de contratos. En este sentido, se destaca entre las altas cortes, el Consejo de Estado, quien, en su calidad de autoridad judicial encargada de dirimir los conflictos de las mencionadas entidades, está avanzando en el reconocimiento e incorporación de las regulaciones propias del *soft law* en sus providencias.

Este proceso de reconocimiento de las regulaciones propias del *soft law*¹⁵, inicialmente se observa en diferentes providencias que versan sobre la responsabilidad del Estado por graves

¹⁵ Es pertinente aclarar que, en todas las sentencias analizadas en este documento, el Consejo de Estado advierte que sobre el concepto de *soft law* aún no existe un criterio jurídico unificado al interior de dicha Corporación.

violaciones de los derechos humanos, en las cuales el Consejo de Estado ha señalado la relevancia jurídica de estas para dirimir asuntos nacionales, además, también alude a ellas como criterios auxiliares de interpretación de tratados internacionales sobre derechos humanos. En este sentido, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“...Con todo, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, existen casos en los que el juez puede ordenar medidas de carácter no pecuniario, que atiendan a la reparación integral del daño, aunque ello conlleve el desconocimiento de los mencionados principios procesales. Esto ocurre cuando se juzga la responsabilidad del Estado por graves violaciones de los derechos humanos pues, en estos eventos, la obligación de reparar integralmente el daño surge, principalmente, de distintos tratados y convenios de derechos humanos ratificados por Colombia que prevalecen en el orden interno, pero también de otros instrumentos de derecho internacional que, aunque no tienen carácter estrictamente vinculante -razón por la cual se los denomina “derecho blando” o “*soft law*”-gozan de cierta relevancia jurídica y práctica en el ámbito internacional y nacional en tanto exhiben “una clara e inequívoca vocación axiológica o normativa general” y sirven como “criterio[s] auxiliar[es] de interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos”¹⁶.

¹⁶ Esta cita se reitera en las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección B. (29 de octubre de 2012) Sentencia 20001-23-31-000-1999-00274-01(21377). (CP Danilo Rojas Betancourth). Consejo de Estado, Sección Tercera Sala Plena. (11 de septiembre de 2013) Sentencia 41001-23-31-000-1994-07654-01(20601) (CP Danilo Rojas Betancourth). Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección B. (27 de septiembre de 2013) Sentencia 15001-23-31-000-1995-05276-01(19886). (CP Danilo Rojas Betancourth). Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección B. (30 de abril de 2014) Sentencia 41001-23-31-000-1993-07386-00(28075) (CP Danilo Rojas Betancourth).

La extensión del reconocimiento en el uso de las regulaciones *soft law* a otros campos, como los contratos internacionales de las entidades estatales, se puede observar en la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C. (20 de abril de 2015) Sentencia 11001-03-26-000-2014-00037-00(50219). (CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa), en la cual, se resuelve una demanda de simple nulidad en contra de un aparte del inciso primero del artículo 3° del Decreto 1510 de 17 de julio de 2013, expedido por el Gobierno Nacional.

Más allá de la discusión jurídica que plante la sentencia, el aspecto a destacar en dicha providencia, es que efectúa una explicación del concepto de convencionalidad y su repercusión en la interpretación de las normas, indicando que la Administración Pública debe considerar de manera relevante las normas de derecho internacional, ya sea que se encuentren en tratados o convenios internacionales, o por vía de las regulaciones denominadas *soft law*. En este sentido, el Consejo de Estado expresó lo siguiente en dicha sentencia:

5.5.- Por otra parte, es innegable que la práctica jurídica internacional conoce desarrollos normativos que trascienden a la forma de los Tratados Internacionales. Aunque stricto sensu no se trata de cuerpos normativos vinculantes es indiscutible que el desenvolvimiento de relaciones comerciales culturales, políticas y de toda índole entre los Estados y entre estos y actores privados transnacionales ha llevado a impulsar estipulaciones conceptuales cuyo valor jurídico pende del reconocimiento que, en cada caso, otorgue las partes interesadas.

5.6.- Como ya se ha dicho por esta Sala en reciente oportunidad¹⁷, en el ámbito del comercio internacional se asiste a una nueva suerte de *lex mercatoria* internacional, cuestión ésta que no puede ser desconocida por partícipes de la práctica jurídica.

Se considera que este es un avance importante respecto a la práctica jurídica en los contratos internacionales de las entidades estatales, dado que en dicha providencia el Consejo de Estado reconoce la necesidad de considerar la *lex mercatoria*, así como otros instrumentos de *soft law* que menciona en ella, como las definiciones sobre contratación estatal establecidas en la Ley Modelo de Contratación Pública, de la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Comercio Internacional CNUDMI, o los INCOTERMS. De la sentencia, resulta de sumo interés el siguiente planteamiento del Consejo de Estado:

Igualmente, el *soft law* constituye un valioso referente persuasivo que debe ser considerado de manera ponderada por la Administración ya que es reflejo de desarrollos consuetudinarios del comercio internacional que, por lo mismo, aportan seguridad jurídica y certidumbre respecto de los términos empleados en las relaciones contractuales.

Sin embargo, en cuanto al reconocimiento de la posibilidad de incorporar cláusulas de *soft law* en los contratos estatales, se debe tener en cuenta que existirían diferencias según el régimen de contratación que se utilice. La anterior sentencia versa sobre la incorporación de dichas cláusulas

¹⁷ Se refiere a la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C. (13 de abril de 2015) Radicado 11001-03-26-000-2014-00162-00(52556) (CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa). En esta providencia se resuelve un recurso de anulación en contra de laudo arbitral entre la Sociedad Hotelera Tequendama S.A. (Sociedad de Economía Mixta) y Emgesa S.A. (sociedad de naturaleza privada). Se destaca el numeral 6 de la sentencia en la cual se explica el concepto de convencionalidad y el ordenamiento jurídico sustantivo aplicable al arbitramento.

en contratos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de que trata la Ley 80 de 1993, cuyo alcance en la aplicación de estas cláusulas estaría limitada por los procedimientos reglados por dicho estatuto¹⁸-lo cual es un tema que desbordaría el alcance de esta investigación-, en contraste con las entidades estatales de régimen especial, quienes por contratar a través del derecho privado y no estar sujetos a los procedimientos de la Ley 80 de 1993, cuentan con la flexibilidad necesaria para articular más fácilmente las cláusulas *soft law* en sus contratos.

En el marco del entendimiento del Consejo de Estado de la posibilidad de incorporar cláusulas *soft law* en los contratos estatales, y teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial requieren con mayor frecuencia su utilización (dado su mayor nivel de interacción con el ámbito transnacional), resulta pertinente preguntarse por la integración de estas regulaciones en sus contratos nacionales e internacionales, particularmente, aquellos principios que se extraen del *soft law* que provienen de instrumentos emitidos por *UNIDROIT*, BM, BID, CNUDMI y OCDE. Para lograr la integración de estos principios *soft law* en la actividad contractual de dichas entidades estatales, es necesario efectuar una identificación de los mismos, y analizar si existen conexiones entre ellos, que permitan la articulación de estos principios en los manuales de contratación de las entidades estatales de régimen especial.

¹⁸ Es claro que la Ley 80 de 1993, a pesar de señalar en su artículo 40 que: “Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza”, contiene diferentes disposiciones que la convierten en una ley rígida, por ejemplo, en el párrafo del citado artículo se restringen los anticipos y pagos anticipados al 50% del valor del contrato, asimismo, los contratos no pueden adicionarse en más del 50% de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales. En el mismo sentido, la estructura del proceso de selección (artículo 30 de la Ley 80 de 1993) es reglada y formalista. Lo cual, es contrario a la dinámica del comercio internacional, en el cual, por ejemplo, prevalecen la libertad de contratación y de forma (Ver artículos 1.1 y 1.2 de los Principios *UNIDROIT*).

PARTE II

5. Los principios *soft law* en los contratos de las entidades estatales de régimen especial

Es indiscutible la importancia de los principios en los contratos de las entidades estatales (Suarez, 2010, 57 -130). Particularmente, en el caso de aquellas entidades estatales de régimen especial, resultaría necesario considerar en sus contratos internacionales una diversidad de principios que provienen del contexto transnacional, y que se caracterizan por su carácter no vinculante. Aquellos estándares internacionales emitidos en forma de principios, son de gran importancia para lograr una efectiva articulación con la dinámica del comercio internacional, acceder a préstamos internacionales, luchar contra la corrupción, lograr mayores eficiencias en el sector público, entre otras finalidades de importancia en los ámbitos transnacional, nacional y local.

Algunos autores (Arana, Moreno, Jinesta y Navarro, 2011), acudiendo a la teoría del derecho administrativo global (la cual se explicó previamente en el capítulo II), consideran que los principios conformarían las bases sobre las cuales se cimentaría un derecho administrativo global de la contratación pública:

En este sentido, los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart son conscientes de que puede haber determinadas regulaciones globales que pueden afectar de manera distinta a unos Estados y a otros cuestionándose incluso el régimen del Derecho Internacional Público. Para resolver este escollo, estos profesores abogan por que los regímenes intergubernamentales construyan estándares de Derecho Administrativo y técnicas

jurídicas generales a las que los gobiernos nacionales deban adecuarse con el fin de asegurar que los principios del Estado de Derecho sean respetados. En materia de contratación, los principios son la clave de bóveda del sector. Sin principios, que además son globales, no hay sistema global de contratación pública global (pp.24).

La importancia de identificar y considerar los estándares contenidos en principios de naturaleza *soft law*, que los diferentes organismos internacionales han regulado en el espacio jurídico global, resulta fundamental para lograr disminuir y ajustar las diferencias entre las prácticas jurídicas locales y nacionales con aquellas recomendadas en el ámbito transnacional. Este sería el camino de la institucionalización de estos órdenes jurídicos transnacionales sobre principios de contratación internacional.

Sin embargo, tratándose de las mencionadas entidades estatales de régimen especial, las corrientes teóricas para lograr dicha articulación, podrían ir desde la construcción de un derecho administrativo global de la contratación administrativa, a partir de principios generales (competencia, publicidad, igualdad de trato y prohibición de discriminación, objetividad, buena administración, imparcialidad, transparencia, entre otros) que utilicen como punto de partida los postulados del Estado de Derecho (Arana, et al., 2011, pp.17 - 70), hasta la unificación de principios del derecho mercantil transnacional, como es el caso de los Principios *UNIDROIT* (Vernaza, 2010, pp. 154-170).

Teniendo en cuenta que se trata de un amplio escenario, la tarea inicial consistiría en identificar aquellos principios producto de estándares internacionales, que se deberían considerar en los

contratos internacionales de esta clase de entidades estatales. Una vez efectuada dicha identificación, se explicará un esquema de articulación de los principios *soft law* en las contrataciones de dichas entidades, utilizando algunas herramientas de la teoría de los órdenes jurídicos transnacionales (capítulo III).

Las entidades estatales de régimen especial en Colombia, están sujetas a particularidades propias de su naturaleza jurídica pública y su régimen para contratar de derecho privado, condiciones que se consideran pueden servir de guía para identificar en el contexto transnacional los principios que deberían regir sus contratos internacionales. Lo anterior, no es obstáculo, para que tanto en el ámbito nacional, a partir de la jurisprudencia¹⁹ y la doctrina se puedan extraer una gran cantidad de principios de naturaleza pública (Suarez, 2010, pp. 57-130), o en la doctrina internacional, se identifiquen diferentes principios de naturaleza privada (Fernández, 2004, pp. 41), que los operadores jurídicos puedan interpretar aplicables a esta clase de contratos.

En igual sentido, tampoco se pretende desconocer que, en dichos contratos internacionales, en virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, se deben incorporar aquellos principios públicos de la función administrativa y de la gestión fiscal señalados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política de Colombia. En este caso, por tratarse de un mandato legal,

¹⁹ Por ejemplo, en sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C. (27 de enero de 2016) Radicado 05001-23-31-000-2002-02072-01 (48.812) (CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa), se señalan diferentes principios públicos a tener en cuenta en las contrataciones de las empresas de servicios públicos domiciliarios, entidades estatales de régimen especial, así: “En éste sentido, los procesos de contratación y los contratos celebrados por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios no se encuentran desligados de principios vitales tales como los de transparencia, selección objetiva, legalidad, conmutatividad, sujeción a la economía del mercado, buena fe objetiva, interés general, planeación, estructuración conforme a los intereses generales de la colectividad, y en fin, a todos aquellos que consoliden el interés general que es inherente a dicha contratación, lo anterior por supuesto, sin desconocer las disposiciones que de manera especial regulan su actividad previstas en la Ley 142 de 1994.

no existiría discusión sobre si aplican o no, sino más bien sobre la manera de aplicarlos. Las interacciones entre los mencionados principios públicos y los privados propios del *soft law* en estos contratos, podría abrir espacios de investigación sobre la articulación de la principalística pública con el ámbito transnacional.

Sin embargo, el objetivo de este trabajo se enmarca en fijar la atención en aquellos estándares internacionales emitidos en la forma de principios, que se están encargando de configurar el nuevo escenario de regulación en un derecho administrativo global en construcción, cuyo alcance para el objeto de estudio de esta investigación, sobre la contratación internacional de las mencionadas entidades estatales, se logra delimitar con mayor facilidad gracias a la teoría de los órdenes jurídicos transnacionales (lo cual se planteará más adelante en este capítulo).

En efecto, los principios incluidos en instrumentos *soft law* que se identifican aplicables en las contrataciones internacionales de las entidades estatales de régimen especial, y que, a su vez, deberían considerarse en los manuales de contratación de dichas entidades, con el fin de articular las prácticas locales y nacionales con la dinámica transnacional, son los siguientes:

- Principios del Banco Mundial
- Principios del Banco Interamericano de Desarrollo
- Principios de la OCDE
- Principios CNUDMI
- Principios *UNIDROIT*

Previamente a la explicación de las principales características de los anteriores principios *soft law*, es necesario considerar algunos elementos que faciliten la comprensión de lo que podríamos entender por los principios, particularmente, se presentarán algunas ideas de la teoría sobre los principios de Robert Alexy.

5.1 Consideraciones previas sobre los principios

Las diferentes connotaciones que diversos autores han asignado a los principios, constituye una de las dificultades preliminares para tener una noción clara de estos, por lo cual, puede afirmarse que no se trata de una categoría unitaria (García, 1998, pp. 131). No obstante, en la práctica jurídica actual, los principios son una de las herramientas por excelencia para cualquier operador jurídico, y se alude con frecuencia a estos para tomar decisiones administrativas, judiciales, emitir conceptos jurídicos, argumentar posiciones jurídicas, regular diferentes materias, legislar, y adelantar todo tipo de actividades con alcance jurídico.

Los principios se caracterizan por su dimensión moral, lo cual, genera dificultades para definirlos en forma precisa, dada la complejidad del lenguaje moral por su textura abierta (López, 2000, pp. 658). Este contenido moral de los principios, puede observarse en el entendimiento de autores como Ronald Dworkin (1995), quien señala lo siguiente:

“Llamo <principio> a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (pp.72).

Además del componente moral de los principios, también es importante la distinción entre reglas y principios, cuya construcción teórica ha sido objeto de diversas investigaciones. El debate internacional más amplio sobre esta distinción se llevó a cabo por parte de Dworkin, quien a través de su artículo “*The Model of Rules*”, publicado en 1967, inició un ataque al positivismo jurídico de H. L. A. Hart (Alexy, 2003, pp. 94).

Aunque la teoría de Dworkin de los principios ha tenido gran relevancia en el ámbito internacional, algunos autores han advertido que la teoría de Robert Alexy “constituye una reelaboración teóricamente más profunda y consistente del planteamiento de Dworkin en torno a la distinción entre principios y reglas” (Lopera, 2004, p. 216). En este sentido, se considera pertinente acudir a la perspectiva teórica de los principios formulada por Alexy (2003), el cual propone una distinción entre reglas y principios de la siguiente manera:

...los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencia, los principios son *mandatos de optimización*, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse, no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios que juegan en sentido contrario. Frente a ello, las reglas son normas que siempre pueden ser cumplidas o incumplidas. Si una regla tiene validez, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. De este modo, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Ellas son, por lo tanto, *mandatos definitivos*.

Esto significa que la distinción entre reglas y principios es una distinción cualitativa y no solamente una distinción de grado. Toda norma es una regla o es un principio (pp. 95-96).

La anterior distinción entre principios y reglas, es fundamental para entender la teoría de los principios de Alexy, la cual enfatiza en la posibilidad de los principios de ser cumplidos en distintos grados, dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas, mientras que las reglas como mandatos definitivos no admiten graduación, sino que solo pueden cumplirse o no. Algunos autores (García, 1998, pp. 186-187) han elaborado trabajos en los cuales señalan las características de los principios en la teoría alexiana:

- **Gradualidad:** los principios ordenan que se lleve a cabo “algo en la mayor medida posible”. Esto se refiere a la posibilidad de un mayor o menor grado de satisfacción del principio dentro de los límites que determinan ciertas posibilidades fácticas y jurídicas. Distinto a las reglas, que no admiten gradación en su cumplimiento, solo se pueden cumplir o no.
- **Optimización:** el cumplimiento de los principios se debe dar “en la mayor medida posible”, por lo cual, el principio se debe optimizar en su grado de cumplimiento más alto posible en relación con otras normas del sistema.
- **Deber ser ideal:** la optimización tiene como punto de partida un “deber ser ideal” (ideales Sollen), que señala el norte normativo al que se orienta su aplicación.

- **Carácter *prima facie*:** los principios contienen un mandato *prima facie*, es decir, no tienen determinaciones, estas surgen es a través de las condiciones fácticas y jurídicas.

También es importante considerar que pueden existir colisiones entre principios, y entre reglas. Las soluciones son diferentes en ambos casos. En las colisiones entre reglas, la solución proviene de introducir una cláusula de excepción a una de las dos reglas o declarar la invalidez de una de ellas; mientras las colisiones entre principios, se resuelven: “estableciendo una relación de precedencia ente los dos principios relevantes, condicionada a las circunstancias del caso concreto”. En este sentido, la ley de colisión expresa que entre los principios de un sistema no existen relaciones absolutas de precedencia, sino únicamente relaciones de precedencia condicionada. Por lo cual, “la tarea de la optimización consiste en establecer dichas relaciones de manera correcta” (Alexy, 2003, pp. 95-101).

La distinción entre reglas y principios, y la teoría de los principios de Alexy, han suscitado diversos debates académicos, y aunque la teoría de Alexy no está exenta de críticas (Lopera, 2004, pp. 218-230), hay que considerar que elementos estructurantes de su teoría como el principio de proporcionalidad “en las últimas décadas ha recibido el mayor reconocimiento internacional de todos los tiempos tanto en el ámbito práctico como teórico del control constitucional” (Alexy, 2014, pp. 17), por lo cual, los operadores jurídicos en su quehacer ordinario deberían tener en cuenta esta teoría para la interpretación y aplicación de principios y reglas.

Las anteriores consideraciones, también se pueden extender a los principios que se incluyen en los contratos de las entidades de régimen especial. En efecto, los principios a incorporar en

estos contratos (por ejemplo, aquellos que provienen de instrumentos emitidos por *UNIDROIT*, OCDE, BM, BID y CNUDMI) en primera instancia cuentan con un carácter *prima facie*, por lo cual, la integración de los mismos en el contrato en dicho nivel resultaría sincronizada, por la ausencia de condiciones fácticas y jurídicas que impliquen su determinación.

En el evento que se presentara una colisión de principios para interpretar algún aspecto del contrato celebrado por la entidad de régimen especial, se considera que los medios idóneos (o adecuados) y la determinación del medio necesario en la ponderación (Lopera, 2004, pp. 213-214), requieren analizarse también desde el contexto transnacional. Es decir, que este contexto transnacional, podría determinar las posibilidades fácticas (por ejemplo, aquellas prácticas comerciales que provienen de la *lex mercatoria* en dicho ámbito, o las buenas prácticas recomendadas por los citados organismos internacionales), en el ejercicio de optimización entre los principios en colisión.

Expuestas las anteriores ideas sobre el entendimiento de los principios y su distinción con las reglas, se procederá a presentar algunas características de los principios *soft law* que aplicarían en los contratos de las entidades estatales de régimen especial. Es pertinente aclarar, que algunas reglas fundamentales de la contratación pública (que no tienen las características de principios), como son algunas recomendaciones emitidas por la OCDE, también serán objeto de estudio debido a la relevancia de las mismas en el ámbito contractual.

5.2 Principios del Banco Mundial

El Banco Mundial es un organismo internacional financiero con presencia a nivel global. Esta institución financiera multilateral (Arias y Vera, 2002, pp. 4), está conformada por 189 países miembros, los cuales son representados por una Junta de Gobernadores, encargada de señalar las políticas del organismo (Banco Mundial, 2016a).

Desde su fundación en 1944 a la fecha actual, el BM se ha transformado. Inició como una entidad denominada Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), y luego pasó a convertirse en un grupo de cinco instituciones de desarrollo estrechamente relacionadas (BIFR, Asociación Internacional de Fomento, Corporación Financiera Internacional, Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) (Banco Mundial, 2016b). Actualmente, el BM impulsa esfuerzos internacionales y nacionales para poner fin a la pobreza extrema a nivel mundial, además, promover la “prosperidad compartida”, la cual se refiere al incremento sostenible del bienestar de los sectores más pobres de la sociedad (Banco Mundial, 2016c).

Si bien en sus inicios, el BM fue creado con el fin de establecer las condiciones necesarias para respaldar la reconstrucción de Europa, la creciente demanda de financiación por parte de los países más pobres lo convirtió en una agencia de desarrollo. Solo el Banco Mundial es el origen de aproximadamente el 60% de la financiación oficial multilateral a países en desarrollo. Asimismo, es innegable su influencia sobre la política económica y las estrategias de desarrollo de los países,

dado que la mayoría de los países industrializados exigen el cumplimiento de “programas de ajuste” como requisito para proporcionar ayudas al desarrollo (Arias y Vera, 2002, pp. 5- 7).

Colombia se adhirió al acuerdo de creación del BIRF mediante la Ley 76 de 1946. Actualmente es un país que ha logrado importantes préstamos con el BM, ubicándose en el año 2016 como el séptimo prestatario del BIFR (US\$8.5 mil millones de deuda pendiente). Asimismo, también el país se ha beneficiado de ayudas para la cooperación y el desarrollo (US\$70 millones en una variedad de sectores), con el fin de disminuir la pobreza y mejorar las condiciones de vida de esta población (Banco Mundial, 2016d).

Teniendo en cuenta la importancia que tienen los préstamos y las ayudas para la cooperación y el desarrollo que le ofrece el BM a Colombia, es relevante conocer aquellos estándares emitidos por este organismo internacional sobre principios en contrataciones que adelanten las entidades estatales del país, dado que los mismos deben incorporarse en los procedimientos contractuales que se lleven a cabo para la selección de los contratistas que ejecutan los recursos objeto del correspondiente préstamo o ayuda.

En este sentido, es pertinente acudir a las normas de adquisiciones de bienes, obras y servicios con préstamos del BIRF, créditos de la AIF y donaciones por prestatarios del Banco Mundial (las cuales no aplican para consultoría), expedidas en enero de 2011 y revisadas en julio del año 2014 (Banco Mundial, 2011). A través de estas normas el BM pretende:

...asegurar que el importe de un préstamo se destine únicamente a los fines para los cuales este fue concedido, con la debida atención a los factores de economía y eficiencia y haciendo caso omiso de influencias o consideraciones de carácter político o no económico (pp.1)

(...)

...en general los requisitos exigidos por el Banco están orientados por cuatro consideraciones, a saber:

- a) la necesidad de atender a criterios de economía y eficiencia en la ejecución del proyecto, inclusive en la adquisición de los bienes, obras y servicios distintos a los de consultoría;
- b) el interés del Banco en dar a todos los licitantes elegibles, tanto de países desarrollados como en desarrollo, la misma información e igual oportunidad de competir en el suministro de bienes, obras y servicios distintos a los de consultoría;
- c) el interés del Banco en fomentar el progreso de los contratistas y fabricantes del país Prestatario, y
- d) la importancia de que el proceso de contratación sea transparente.

En efecto, puede observarse como para el BM es importante el cumplimiento de los principios de economía y eficiencia en el uso de los recursos, transparencia en el proceso de contratación e igualdad de oportunidades a quienes participen en los proyectos que financia; también en forma tácita, se pueden extraer del citado texto otros principios, tales como publicidad y competencia.

Para concretar de mejor manera el tema de los principios aplicables a las mencionadas contrataciones con recursos del BM, dicho organismo diseñó un instrumento en forma de guía denominada “Modelo manual de operaciones proyectos” del año 2013, emitida por dicho organismo y dirigida a todas las entidades estatales colombianas que ejecuten proyectos financiados con recursos del BIFR (Banco Mundial, 2016e). El capítulo 4 de esta guía, reitera aquellos principios a considerar por parte de las entidades estatales colombianas en las contrataciones con recursos del BM:

Economía. En virtud de este principio, todos los trámites de adquisiciones se realizan con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán los retardos en la ejecución del contrato de adquisiciones. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias.

Eficiencia. Todas las adquisiciones deben ser planificadas y programadas de modo que se satisfagan en el tiempo oportuno y en las mejores condiciones de costo y calidad.

Igualdad. En los procesos de adquisición se debe evitar cualquier tipo de preferencias o medidas discriminatorias que puedan favorecer o perjudicar a ciertos participantes con beneficios o detrimento de los mismos para otros participantes.

Competencia. Toda adquisición debe promover la participación del mayor número de oferentes calificados, de manera que la Entidad Ejecutora (Proyecto) pueda obtener las mejores condiciones que el mercado pueda ofrecer.

Transparencia. Todo proceso de adquisición debe utilizar reglas claras. Estas reglas deben ser conocidas por los participantes y la sociedad en general ya que se deben publicar ampliamente y sin restricción de acceso a la información.

Debido proceso. Todo proceso de adquisiciones debe prever los procedimientos bajos los cuales los participantes y los interesados en participar puedan interponer protestas relacionados con el proceso de adquisición para salvaguardar sus derechos y asegurar la integridad del proceso.

Publicidad. El público en general tiene derecho a tener acceso a la información relacionada con todos los procesos de adquisición con financiamiento del BIRF/AIF para que, si es del caso, participe oportunamente, o posea la información necesaria para dar seguimiento al proceso de adquisición que se convoque (pp. 20-21).

5.3 Principios del Banco Interamericano de Desarrollo

El BID es un organismo internacional fundado en 1959, que ofrece recursos financieros y no financieros a los gobiernos, empresas y organizaciones de la sociedad civil en sus 26 países prestatarios de América Latina y el Caribe. La máxima autoridad del BID es su Asamblea de Gobernadores, compuesta por los representantes de cada uno de los 48 Estados miembro. La principal fuente de financiación del BID son las contribuciones de cada Estado al capital ordinario, cuyo derecho a voto está determinado según la proporción del aporte. Entre las particularidades del BID, se encuentra que los Estados prestatarios tienen mayoría de votos (50,02 por ciento) (Banco Interamericano de Desarrollo, 2016a).

La misión del BID es encontrar propuestas innovadoras y eficaces para hacer frente a los desafíos de desarrollo de América Latina y el Caribe en aspectos económicos, sociales, institucionales y ambientales, con el propósito de lograr el desarrollo sostenible en la región. Actualmente el Grupo BID se encuentra conformado por el Banco Interamericano de Desarrollo, la Corporación Interamericana de Inversiones (CII) y el Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN) (Banco Interamericano de Desarrollo, 2016a).

El Grupo BID otorga préstamos para proyectos de inversión en los sectores público y privado, brinda asesoría para reformas de políticas y de apoyo en el manejo de crisis financieras, también ofrece garantías parciales de crédito, y otorga ayudas de cooperación técnica y por desastres naturales. Las prioridades institucionales del BID se enmarcan en políticas sociales para la equidad y la productividad; infraestructura para la competitividad y el crecimiento inclusivo; instituciones para el crecimiento y el bienestar social; integración global y regional; y la adaptación y mitigación

del cambio climático y la energía sostenible y renovable (Banco Interamericano de Desarrollo, 2016a).

Colombia se adhirió al convenio de creación del BID mediante la Ley 102 de 1959. La importancia del BID en la financiación de proyectos en Colombia es indiscutible: 891 proyectos concluidos con recursos producto de préstamos de este organismo internacional (Banco Interamericano de desarrollo, 2016 b). Por lo cual, también es relevante conocer los estándares que en materia de principios que ha emitido.

En efecto, el BID ha publicado el documento “Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo. GN-2349-9” (Banco Interamericano de Desarrollo, 2011), el cual aplica para la adquisición de los bienes, obras y servicios conexos (distintos de los servicios de consultoría) de un proyecto. De dicho documento, se pueden extraer los principios que rigen las contrataciones con préstamos del BID, el cual expresa que:

tomará las medidas necesarias para asegurar que el producto de todo préstamo que efectúe o garantice, o en el que tenga participación, se destine únicamente a los fines para los cuales el préstamo se haya efectuado, dando debida atención a las consideraciones de economía y eficiencia.

(...)

...los requisitos exigidos por el Banco están orientados por cuatro consideraciones, a saber:

(a) la necesidad de atender a criterios de economía y eficiencia en la ejecución del proyecto, inclusive para la contratación de los bienes y para la ejecución de las obras involucradas en él;

(b) el interés del Banco en dar a todos los oferentes elegibles, tanto de países Prestatarios como no Prestatarios miembros del Banco, la misma información e igual oportunidad de competir en el suministro de bienes y la ejecución de obras financiados por el Banco;

(c) el interés del Banco en fomentar el desarrollo de los contratistas y fabricantes del país Prestatario; y

(d) la importancia de que el proceso de contratación sea transparente

Se destaca que el BID adopta los mismos principios señalados previamente por el BM (Salvo el debido proceso que perfectamente se puede extraer de las reglas contenidas en sus políticas de adquisiciones). Para ambas entidades es importante actuar con base en los principios de economía y eficiencia en el uso de los recursos asignados al proyecto; además, con sutiles diferencias de redacción, el BID coincide con el BM en señalar la importancia de los principios de transparencia en el proceso de contratación, igualdad de oportunidades a quienes quieran participar en los proyectos que financia; y en forma tácita, se evidencian los principios de publicidad y competencia.

5.4 Principios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

A partir de 1960, el comercio mundial experimentó un proceso de expansión acelerado que suscitó en los gobiernos la necesidad de buscar armonizar las normas del comercio internacional. Esta necesidad fue planteada a Naciones Unidas, quien definió crear la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional mediante Resolución 2205 (XXI) del 17 de diciembre de 1966. La CNUDMI se ha convertido en el principal órgano jurídico del sistema de Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional (Uncitral, 2016a).

La CNUDMI está integrada por 60 Estados miembro, elegidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas por periodos de seis años. Su composición es representativa de las diversas regiones geográficas y los principales sistemas jurídicos y económicos del mundo. Se destaca que el objetivo principal de la CNUDMI es: “eliminar o reducir los obstáculos jurídicos que entorpecen el desarrollo del comercio internacional y modernizar y armonizar progresivamente el derecho mercantil” (Uncitral, 2004).

Algunas de las principales funciones de la CNUDMI son: (i) elaboración de convenios, leyes modelo y normas aceptables a escala mundial. (ii) La preparación de guías jurídicas y legislativas y la formulación de recomendaciones de gran valor práctico. (iii) La presentación de información actualizada sobre jurisprudencia referente a los instrumentos y normas de derecho mercantil uniforme y sobre su incorporación al derecho interno. (IV) La prestación de asistencia técnica en proyectos de reforma de la legislación y (V) La organización de seminarios regionales y nacionales sobre derecho mercantil uniforme (Uncitral, 2017).

Colombia recientemente ha demostrado una participación activa en la CNUDMI, tanto por la designación como Presidente de la CNUDMI del Superintendente de Sociedades, Francisco Reyes Villamizar, para el periodo 2015-2016 (Cancillería, 2015), como por la calidad del país de miembro de esta comisión para el periodo 2016 - 2022 (Uncitral, 2016a).

Teniendo en cuenta la importancia de los estándares emitidos por la CNUDMI, en calidad de comisión especializada de las Naciones Unidas en los temas de derecho mercantil internacional, así como el interés de Colombia en participar activamente en la producción normativa de esta comisión, es pertinente conocer aquellos principios que se encuentran en los instrumentos de *soft law* aplicable a los contratos internacionales de las entidades estatales.

En este sentido, se destaca que CNUDMI ha emitido diferentes instrumentos de *soft law*, entre los que se encuentra la Ley Modelo de 1994, la cual fue un importante referente internacional en las reformas del régimen de la contratación pública hasta el año 2011, particularmente, por los procedimientos destinados a asegurar los principios de competencia, transparencia, equidad, economía y eficiencia en el proceso de adjudicación (Uncitral, 2014, pp.1).

Sin embargo, la Ley Modelo de 1994, ha requerido una revisión conforme a las nuevas prácticas globales, por lo cual, ha sido reemplazada por la Ley Modelo de CNUDMI sobre la Contratación Pública del año 2011, emitida mediante Resolución 66/95 de la Asamblea General. Esta nueva ley modelo pretende (Uncitral, 2014):

...el establecimiento de un marco jurídico armonizado y moderno para las operaciones de contratación pública que promueva la economía, la eficiencia y la competencia en la contratación y que, al mismo tiempo, fomente la integridad, la confianza, la equidad y la transparencia en el proceso de adjudicación” (pp.1-2).

En efecto, CNUDMI de manera especial, recomienda a los Estados el uso de dicha Ley Modelo del 2011, para evaluar sus regímenes de contratación pública y considerar en las reformas legislativas las disposiciones que ella contiene (Uncitral, 2014, pp. 2). En materia de principios, también esta nueva ley modelo de contratación pública contempla los siguientes en su preámbulo:

- a)* Alcanzar una máxima economía y eficiencia en la contratación pública;
- b)* Fomentar y alentar la participación de proveedores y contratistas en el proceso de contratación pública, sin hacer distinciones por concepto de nacionalidad, a fin de promover así el comercio internacional;
- c)* Promover la competencia entre proveedores o contratistas en orden al suministro del objeto del contrato adjudicable;
- d)* Garantizar un trato justo, igual y equitativo a todos los proveedores y contratistas;
- e)* Promover la rectitud y la equidad en el proceso de contratación, para que dicho proceso goce de la confianza pública; y
- f)* Dotar de transparencia a los procedimientos previstos para la contratación pública.

De los anteriores textos de la Ley Modelo del 2011, se destacan los principios de economía y eficiencia en la contratación pública, publicidad, igualdad de oportunidades a quienes participan

en los procesos de contratación, promoción de la competencia, trato justo, igual y equitativo, confianza, equidad, integridad y transparencia en los procedimientos de contratación pública.

De los anteriores textos de la Ley Modelo del 2011, es notoria la manera en que se reiteran como principios fundamentales de las contrataciones públicas aquellos que aplican el BID y BM en sus normas y políticas, tales como economía y eficiencia en la contratación pública, publicidad, igualdad de oportunidades para participar en los procesos de contratación, competencia y transparencia en los procedimientos de la contratación.

En este sentido, podría evidenciarse un emergente Derecho Administrativo Global de la Contratación Pública en materia de principios que impacta a Colombia, dada la articulación que se evidencia en dicha materia entre los organismos internacionales que regulan a través de estándares la contratación de los Estados en los cuales tienen presencia. La Asamblea General de Naciones Unidas, enfatiza en la necesidad de armonización entre los diferentes organismos internacionales, para reformar los regímenes sobre contratación pública de los estados, solicitando (Uncitral, 2014):

...se intensifique la cooperación y la coordinación entre la Comisión y otros órganos y organizaciones internacionales que se ocupan de la reforma del régimen de la contratación pública, incluidas las organizaciones regionales, a fin de evitar que se dupliquen esfuerzos innecesariamente y que, en el proceso de modernización y armonización del derecho de la contratación pública, se obtengan resultados incompatibles, incoherentes o contradictorios; (pp. 3).

Estos esfuerzos de coordinación son llevados a cabo por organismos internacionales como el Banco Africano de Desarrollo, el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Mundial y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, quienes apoyan el uso de la Ley Modelo de CNUDMI sobre la Contratación Pública del año 2011, para las reformas legislativas en los países que tienen presencia (Uncitral, 2016b).

Entre los anteriores organismos internacionales, la OCDE se destaca por un trabajo más profundo sobre principios y recomendaciones para las contrataciones estatales, los cuales se presentarán a continuación.

5.5 Principios de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico para la integridad de la contratación pública

La OCDE (OECD por sus siglas en inglés) surgió oficialmente en 1961 y actualmente agrupa 35 Estados miembros, los cuales se han trazado la misión de promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo. La OCDE ofrece un foro, en el cual los gobiernos trabajan conjuntamente para hacer frente a los retos económicos, sociales y ambientales de la globalización. En dicho foro se analizan y comparan datos para emitir pronósticos de tendencias, asimismo, se fijan estándares internacionales dentro de un amplio rango de temas de políticas públicas (OCDE, 2016a).

Los Estados que integran la OCDE se apoyan entre sí para identificar problemas, estudiarlos, analizarlos y promover políticas para resolverlos. La importancia de la OCDE en la economía

mundial puede evidenciarse al observar que países como Brasil, la India, la República Popular China, Indonesia y Sudáfrica-quienes ostentan la calidad de socios fundamentales de la OCDE-más los Estados que integran esta organización, representan el 80% del comercio mundial y las inversiones (OCDE, 2016c).

Desde el 29 de mayo de 2013, Colombia se encuentra en proceso de adhesión a la OCDE, por lo cual, en el país se han llevado a cabo diversos procesos de reformas institucionales contenidas en el “plan de trabajo para su adhesión”, cuya finalidad es aprobar una serie de exámenes técnicos que efectúan los Comités de la OCDE. Los resultados de estas revisiones se discuten dentro de los Comités, y son comunicados finalmente al Consejo de la OCDE mediante una evaluación formal de las políticas de Colombia. Es pertinente señalar que Colombia se encuentra en un proceso de adhesión a diversos instrumentos jurídicos de la OCDE (OCDE, 2016b).

En el marco de la identificación de buenas prácticas a nivel global, las cuales son consolidadas en estándares, la OCDE adelanta un trabajo para coordinar el ámbito nacional con las políticas internacionales. En el año 2008, la OCDE emitió una recomendación que contiene diferentes principios sobre integridad²⁰ en la contratación pública, la cual fue publicada a través del documento “*OECD Principles for Integrity in Public Procurement*” (OECD, 2009).

Teniendo en cuenta el interés de Colombia en adherirse a diversos estándares emitidos por la OCDE, es importante conocer estos principios, dado que recopilan las políticas y prácticas que a nivel global han demostrado eficacia para mejorar la integridad en las contrataciones públicas

²⁰ La integridad es definida por la OCDE en la citada recomendación “como el uso de los fondos, recursos, activos y la autoridad, de acuerdo con los propósitos oficiales previstos, para ser usados en línea con los intereses públicos”.

(OECD, 2009, pp. 3-4). Es importante destacar, que estos principios están dirigidos principalmente a los responsables de las políticas nacionales (tanto de los países integrantes de la OCDE, como de otros países que los quieran adoptar), sin embargo, en la citada recomendación, se aclara que también sirve de guía para entidades que no sean del orden nacional y empresas de naturaleza pública (OECD, 2009, pp. 18). En este sentido, se destaca que también las entidades estatales de régimen especial, podrían considerar estos principios en sus manuales de contratación.

En la contratación pública, cada vez tiene mayor relevancia el concepto de “rendición de cuentas” al público (accountability según el capítulo II), particularmente, respecto a la manera en que se administran los recursos públicos. En este sentido, el *check list* o lista de verificación que se encuentra en dichos principios y reglas, hace énfasis en buscar mecanismos de cooperación del gobierno con el sector privado, accionistas, sociedad civil y público en general, con el fin de mejorar la integridad y la confianza pública en la contratación (OECD, 2009, pp. 19).

A continuación, se presentarán en forma breve aquellos principios y reglas contenidos en el mencionado documento de la OCDE, en el cual, se presenta una división en cuatro grupos (transparencia; buena gestión; prevención de la mala conducta, cumplimiento y seguimiento; y responsabilidad y control), considerando el ciclo completo de la contratación pública, desde la evaluación de las necesidades hasta la gestión del contrato y los pagos, así:

Transparencia. Proporcionar un adecuado grado de transparencia en todo el ciclo de la contratación con el fin de promover un trato justo y equitativo para los potenciales proveedores. Se refiere a que los gobiernos faciliten información clara y coherente a los potenciales proveedores

y contratistas, con el fin de que tanto el proceso de contratación, como la ejecución del contrato, sean bien entendidos y aplicados de manera equitativa.

La transparencia admite graduaciones, de acuerdo con el destinatario de la información y la etapa del ciclo de contratación. Por ejemplo, se debe proteger la información confidencial para asegurar un nivel de igualdad de condiciones entre los proveedores potenciales, así como utilizar medidas tendientes a evitar la colusión, tales como las restricciones en la divulgación de información sensible que pueda poner en riesgo la competencia leal entre los potenciales proveedores.

También la transparencia implica garantizar el acceso de cualquier persona a toda la normatividad aplicable al proceso de contratación, así como la información correspondiente a oportunidades de contratación en forma coherente, oportuna y de una manera fácil, utilizando los mismos cronogramas y canales para todas las partes interesadas. Es indispensable que las condiciones de participación como los criterios de selección y de adjudicación, así como el plazo para la presentación de ofertas estén establecidos previamente.

Para garantizar la transparencia, son necesarias medidas relacionadas con el registro de la información, utilizando las nuevas tecnologías en las diferentes etapas del proceso de contratación y ejecución del contrato, con el fin de evitar la corrupción y facilitar la rendición de cuentas. Los registros deben ser pertinentes y completos a lo largo del ciclo de contratación, desde el establecimiento de las necesidades, hasta la administración de los contratos y el pago, e incluir los datos electrónicos en relación con la trazabilidad de la contratación.

Se debe evitar que tanto los reglamentos como los sistemas para la contratación sean innecesariamente complejos, costosos o lentos, dado que esto generaría retrasos en la contratación y desestimularía la participación en la misma, especialmente para las pequeñas y medianas empresas.

Maximizar la transparencia en las licitaciones y tomar medidas de precaución para mejorar la integridad, en particular, para las excepciones a las licitaciones. La licitación abierta contribuye a incrementar la transparencia en los procesos de contratación. No obstante, independientemente de si la contratación es competitiva o no, deben ser gestionados de una manera clara y transparente, y fundamentadas en una necesidad específica, eligiendo el método óptimo para la contratación

Para garantizar la igualdad de condiciones, es necesario que las excepciones a la licitación en competencia estén rigurosamente establecidas en la normatividad que rige el proceso de contratación, en aspectos como: el valor y la importancia estratégica de la contratación; la naturaleza específica del contrato que se traduce en una falta de verdadera competencia, tales como derechos de propiedad; la confidencialidad del contrato para proteger los intereses del Estado; y circunstancias excepcionales, tales como la extrema urgencia.

En desarrollo del principio de transparencia en el documento proponen algunas reglas contenidas en procedimientos complementarios, que pueden utilizarse para mitigar riesgos de corrupción propios de las excepciones a la licitación, tales como justificar y registrar por escritos las excepciones a las licitaciones, dar a conocer las modificaciones a los contratos por medio de las nuevas tecnologías de la información, publicaciones de contrataciones directas con un solo

proveedor, con el fin de dar la oportunidad a otros proveedores de demostrar que también tiene las mismas calidades del proveedor seleccionado, revisión independiente de cada etapa del proceso de contratación, auditorías al azar para verificar el cumplimiento de los procedimientos, entre otras medidas.

Buena gestión. Asegurar que los fondos públicos se utilizan en las adquisiciones de acuerdo con los fines previstos. La planificación de las adquisiciones es un instrumento clave de gestión. Los gobiernos deben vincular la contratación pública con los sistemas públicos de gestión financiera para fomentar la transparencia y la rendición de cuentas, así como mejorar la relación calidad-precio. La contratación pública debe ser considerada como una parte integrante de la gestión financiera pública y para el fomento de la transparencia y la rendición de cuentas desde la planificación de los gastos hasta el pago final

El presupuesto debe ser implementado de una manera ordenada y previsible, con disposiciones para el ejercicio del control y la gestión de la utilización de los fondos públicos, teniendo en cuenta toda la vida del contrato. Las actividades de presupuesto, adquisiciones, proyectos y verificación de pago deben estar segregadas. Estas actividades deben llevarse a cabo por personas o entidades con funciones separadas y distintas relaciones de subordinación. Los informes fiscales deben estar disponibles al público a fin de permitir a los interesados, la sociedad civil y el público en general supervisar la forma en que los fondos públicos se gastan

Asegurar que los funcionarios de adquisiciones cumplan con altos estándares profesionales de conocimientos, habilidades e integridad. La contratación pública se reconoce cada vez más como

una profesión estratégica que juega un papel central en la prevención de la mala administración, el despilfarro y la posible corrupción. En este sentido, la OCDE recomienda a los gobiernos llevar a cabo inversiones para proporcionar las condiciones adecuadas en el empleo público e incentivos -en términos de remuneración, bonificaciones, perspectivas de carrera y desarrollo de personal- que ayuden a atraer y retener profesionales cualificados.

Para tales fines, es esencial que se utilice un enfoque sistemático del aprendizaje y el desarrollo de los funcionarios encargados de la contratación para crear, actualizar sus conocimientos y aptitudes, lo anterior, en el marco de los nuevos desarrollos en la regulación, los cambios tecnológicos y con una mayor interacción con el sector privado. Los gobiernos deben apoyar a los funcionarios con información y asesoramiento adecuados, a través de directrices, capacitaciones, asesoramiento, así como sistemas de intercambio de información, bases de datos, puntos de referencia y redes que les ayuden a tomar decisiones informadas y a contribuir a una mejor comprensión de los mercados.

También se recomienda proporcionar directrices detalladas para los funcionarios que participan en la contratación pública, por ejemplo, a través de códigos de conducta. Estas directrices ayudan a garantizar la imparcialidad en sus interacciones con los proveedores, gestionar los conflictos de interés y evitar la divulgación de información sensible.

Prevención de la mala conducta, cumplimiento y seguimiento. Establecer mecanismos para prevenir riesgos a la integridad de la contratación pública. Es necesario que los gobiernos diseñen

marcos institucionales o de procedimiento que ayuden a proteger a los funcionarios en las contrataciones públicas contra la influencia indebida de políticos o funcionarios de nivel superior.

Asimismo, los gobiernos deben garantizar que la selección y el nombramiento de los funcionarios que participen en la contratación pública se fundamenten en valores, principios, y el mérito, dado que esto aumenta la resistencia a la corrupción. Lo anterior, toma mayor relevancia en el caso de altos funcionarios, porque estos sirven de modelo a seguir en términos de integridad en su relación profesional con líderes políticos, otros funcionarios públicos y los ciudadanos.

También la OCDE recomienda evitar la concentración de áreas clave en manos de un solo individuo, con el fin de prevenir actos de corrupción. Dependiendo del nivel de riesgo, un sistema de revisión y aprobación a varios niveles para ciertos asuntos, en lugar de tener un solo individuo con autoridad exclusiva sobre la toma de decisiones, puede introducir un elemento independiente en el proceso de toma de decisiones.

Los gobiernos deberían prevenir estos riesgos a través de mecanismos que fomenten una cultura de integridad en el servicio público, como la formación en integridad, las declaraciones de activos, así como la divulgación y gestión de los conflictos de intereses.

Fomentar una estrecha cooperación entre el gobierno y el sector privado para mantener un alto nivel de integridad, en particular en la administración de contratos. Es necesario que los gobiernos establezcan normas claras de integridad, y que garanticen su cumplimiento en todo el ciclo de la contratación. Para tales efectos, es recomendable exigirle a los posibles proveedores y contratistas

que presenten pruebas de políticas y procedimientos anticorrupción (por ejemplo, los proveedores potenciales pueden hacer declaraciones de integridad en las que manifiestan que no han estado involucrados en actividades corruptas en el pasado), además, que contractualmente se les obligue a cumplir con las normas anticorrupción. Para garantizar el compromiso anterior, se puede incluir en el contrato una cláusula que permita la rescisión en caso de incumplimiento de dichas normas.

Es necesario que los gobiernos mantengan el diálogo con las organizaciones de proveedores, con la finalidad de estar al día en las evoluciones del mercado, reducir la asimetría de la información y mejorar la relación calidad-precio, en particular para las adquisiciones de alto valor. Asimismo, los gobiernos deben llevar a cabo regularmente estudios de mercado, y comunicarse con el sector privado, particularmente con los proveedores, de esta manera, estar al tanto de los productos y precios que prevalecen para los bienes y servicios. Este diálogo es fundamental en todo el ciclo de la contratación, desde la evaluación de las necesidades hasta la administración de los contratos, con el fin de fomentar una relación de confianza entre el gobierno y el sector privado.

Proporcionar mecanismos específicos para vigilar la contratación pública, así como detectar la transgresión y aplicar sanciones que correspondan. El proceso de contratación pública debe ser monitoreado para detectar las posibles irregularidades y los actos de corrupción que se presenten, en tal sentido, los gobiernos deben establecer mecanismos que ayuden a rastrear las decisiones y permitir la identificación de riesgos potenciales.

Las autoridades públicas también pueden elaborar procedimientos claros para denunciar la mala conducta, como un centro de quejas interno o una línea telefónica directa, un defensor del

pueblo o un sistema de notificación electrónica que proteja el anonimato de la persona que denuncia una mala conducta. Asimismo, es importante la protección de los funcionarios públicos que denuncien conductas indebidas, en particular, mediante la protección jurídica, de la información sobre la privacidad, el anonimato o la creación de un consejo de protección.

Responsabilidad y control. Establecer una clara cadena de responsabilidad conjunta con mecanismos de control efectivo. Los gobiernos deben establecer una cadena de responsabilidad clara definiendo la autoridad que aprueba, efectuando una separación adecuada de funciones, y de las obligaciones de presentación de informes internos.

La regularidad y minuciosidad de los controles deben ser proporcionales a los riesgos que ello conlleva. Los controles internos y externos deben complementarse y coordinarse cuidadosamente para evitar vacíos o lagunas y garantizar que la información producida por los controles sea lo más completa y útil posible. Es recomendable incentivar el intercambio sistemático de información entre controles internos y externos para maximizar el uso de información producida por diferentes controles.

Las auditorías financieras ayudan a detectar e investigar el fraude y la corrupción, mientras que las auditorías de rendimiento proporcionan información sobre los beneficios reales de las contrataciones y sugieren mejoras sistémicas. Las auditorías de desempeño revisan tanto el cumplimiento de las normas de gastos, como el logro de los objetivos físicos y económicos de la inversión.

Gestionar las quejas de los potenciales proveedores de una manera justa y oportuna. Los gobiernos deben garantizar que los proveedores potenciales tengan acceso efectivo y oportuno a los sistemas de revisión de las decisiones en la contratación, y que las quejas que estos presenten se resuelvan de manera justa y oportuna, lo anterior, sin menoscabar la eficiencia administrativa, es decir, la entrega de bienes y servicios a los ciudadanos de manera oportuna. La resolución eficiente y oportuna de las reclamaciones es esencial para la equidad de la contratación pública.

Las decisiones que podrían impugnarse deberían incluir no sólo la decisión de adjudicación, sino también las decisiones clave en las fases previas y posteriores a la adjudicación, como la elección del método de adquisición o la interpretación de las cláusulas contractuales en la administración del contrato. En este sentido, la OCDE recomienda algunas medidas como:

- Utilizar la contratación electrónica, para garantizar que la información sobre la adjudicación se comunique de manera rápida a todos los proponentes y que tengan un periodo de tiempo razonable para impugnar la decisión.
- Proporcionar recursos para impugnar la decisión con suficiente antelación en el proceso, como la anulación de la decisión de adjudicación, otorgar un periodo de tiempo para impugnar la decisión entre la adjudicación y el inicio del contrato o la decisión de suspender temporalmente la adjudicación cuando ello sea pertinente. En todos los casos, los proveedores no seleccionados deberían disponer de un plazo suficiente para preparar y presentar una impugnación.

- Las revisiones también podrían ser permitidas durante la administración del contrato y después del finalizado, por un tiempo razonable para reclamar daños y perjuicios.

Los potenciales proveedores deberían tener la oportunidad de presentar sus quejas a la autoridad contratante a fin de evitar la confrontación y los costos de una revisión cuasi judicial o judicial. En este sentido, los gobiernos también deben considerar el establecimiento de mecanismos alternativos de solución de controversias para reducir el tiempo de resolución de quejas.

Habilitar a las organizaciones de la sociedad civil, los medios de comunicación y el público en general para que examinen la contratación pública. La OCDE recomienda a los gobiernos divulgar información pública de las contrataciones importantes a las organizaciones de la sociedad civil, los medios de comunicación y el público en general. Los sistemas electrónicos son una herramienta útil para que los gobiernos difundan esta clase de información y, por lo tanto, permitan el escrutinio público.

Las instituciones de supervisión como el Congreso de la República, el Defensor del Pueblo / y el órgano auditor superior desempeñan un papel importante en la mejora del control público a través de sus informes sobre contratación pública, los cuales deberán estar ampliamente disponibles para mejorar el escrutinio público. Con el fin de complementar estos mecanismos tradicionales de rendición de cuentas, los gobiernos deberían considerar la posibilidad de involucrar a representantes de las organizaciones de la sociedad civil y del público en general en

el monitoreo de las contrataciones de alto valor o que son complejas y que conllevan riesgos significativos de mala administración y corrupción.

Los anteriores principios y reglas son el fundamento de la nueva recomendación de la OCDE denominada “*OECD recommendation of the council on public procurement*” del año 2015 (OECD, 2015, pp. 3). En este documento, emitido por el Consejo sobre Contratación Pública, y dirigido a todos los niveles del gobierno y empresas de naturaleza pública, se emiten recomendaciones para la modernización de los sistemas de contratación pública con la finalidad de garantizar que las contrataciones públicas tengan un enfoque integral y estratégico.

Las recomendaciones del año 2015, comprenden el ciclo de contratación pública en su totalidad, integrando la contratación pública con otros elementos de la gobernanza estratégica, como el presupuesto, la gestión financiera y otros mecanismos de prestación de servicios. En este nuevo documento, se destaca la importancia para la contratación estatal del uso de internet, la contratación electrónica, integrar las estrategias de gestión de riesgos en todo el ciclo de la contratación y se reiteran varias de las recomendaciones señaladas en el documento “*OECD Principles for Integrity in Public Procurement*”.

5.6 Principios UNIDROIT

Estos principios tienen una gran importancia en el comercio internacional, tal y como se ha presentado en otros apartes de este trabajo. Se trata de los principios privados de contratación internacional que son utilizados con mayor frecuencia (Pablo, 2013, pp.257), dada su gran

aceptación y consenso internacional (De la Sierra, 2009, pp.20). Teniendo en cuenta que las entidades estatales de régimen especial se rigen por el derecho privado, en el camino de la articulación con el contexto transnacional resulta necesario que dichos principios se consideren en sus contratos internacionales (lo anterior, sin perder de vista que eventualmente podrían aplicarse en el ámbito de las relaciones entre nacionales).

Según se explicó previamente (capítulo III), en el caso de Colombia, mediante la Ley 32 de 1992, se incorporó a su legislación el Estatuto Orgánico del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Dicho Instituto Internacional denominado UNIDROIT se encargó de emitir los Principios *UNIDROIT*, cuya versión vigente es del año 2010. En el preámbulo de estos principios se puede observar los distintos usos que pueden tener:

PREÁMBULO

(Propósito de los Principios)

Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.

Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos (*).

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.

Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales

(*) Las partes que deseen aplicar a su contrato los Principios pueden usar la siguiente cláusula, con la adición de eventuales excepciones o modificaciones:

“El presente contrato se rige por los Principios *UNIDROIT* (2010) [excepto en lo que respecta a los Artículos ...]”.

Si las partes desearan pactar también la aplicación de un derecho nacional en particular pueden recurrir a la siguiente fórmula:

“El presente contrato se rige por los Principios *UNIDROIT* (2010) [excepto en lo que respecta a los Artículos ...], integrados cuando sea necesario por el derecho [del Estado “X”].

De la lectura del anterior texto, es claro que los Principios *UNIDROIT* están diseñados principalmente para incorporarse en los contratos comerciales internacionales; sin embargo, nada impediría su uso para complementar e interpretar el derecho nacional, además, dentro de sus finalidades se encuentra servir de modelo a los legisladores nacionales.

Del texto de los Principios *UNIDROIT*, es pertinente aclarar, que existen algunas disposiciones que contienen principios en el sentido estricto del término -según la distinción efectuada en apartes anteriores sobre la teoría de Alexy-, y otras que tienen la forma de “reglas comunes” del tráfico internacional sobre obligaciones y contratos (Oviedo, 2003, pp. 42). En este sentido, se entiende que la naturaleza de este instrumento (De la Sierra, 2009):

En el plano combinatorio de ideas, influencias y contenidos en los que se desenvuelven los PCUnidroit es claro que los mismos se nos presentan, formalmente, como una especie de "recopilación", en el sentido de la agrupación y ordenación de las "reglas", "principios" y "normas" generales del Derecho universal de contratos (pp.3).

Teniendo en cuenta la anterior explicación sobre la naturaleza de los Principios *UNIDROIT*, es necesario señalar que para los fines de este trabajo resulta pertinente acudir a la identificación de aquellos principios en sentido estricto que se encuentran en dicho instrumento, aunque se considera que también las reglas que están en los Principios *UNIDROIT* deberían ser consideradas por las entidades estatales de régimen especial para la celebración de sus contratos internacionales, y servir de guía interpretativa para regular diferentes aspectos de sus manuales de contratación, con el fin de lograr una mejor articulación con los estándares internacionales en materia de contratación.

En este orden de ideas, para la identificación de los principios en sentido estricto, se acudirá al trabajo del profesor Maximiliano Rodríguez, (2009, pp. 292-293), quien destaca los principios más relevantes de contratación internacional que se pueden identificar en los Principios *UNIDROIT*:

- **Libertad de contratación.** Artículo 1.1. “(*Libertad de contratación*). Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido”.
- **Libertad de forma y de prueba.** Artículo 1.2 “(*Libertad de forma*). Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos”.
- **Pacta sunt servanda.** Artículo 1.3 “(*Carácter vinculante de los contratos*). Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios”.
- **Primacía de las reglas imperativas.** Artículo 1.4 “(*Normas de carácter imperativo*). Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado”.
- **Naturaleza dispositiva de los principios.** Artículo 1.5 “(*Exclusión o modificación de los Principios por las partes*)”. Las partes pueden excluir la aplicación de estos Principios, así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que en ellos se disponga algo diferente”.
- **Principios de internacionalidad y uniformidad.** Artículo 1.6 “(*Interpretación e integración de los Principios*)”. (1) En la interpretación de estos Principios se tendrá en cuenta su carácter inter-nacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación. (2) Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de estos Principios, aunque no resueltas

expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes”.

- **Buena fe y lealtad negocial.** Artículo 1.7. “(*Buena fe y lealtad negocial*). (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber”.
- ***Venire contra factum proprium*.** Artículo 1.8. “(*Comportamiento contradictorio. Venire contra factum proprium*). Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja”.
- **Primacía de los usos y las prácticas.** Artículo 1.9. “(*Usos y prácticas*). (1) Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. (2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable”

Es importante tener en cuenta la naturaleza *soft law* de los Principios *UNIDROIT*, los cuales son entendidos (De la Sierra, 2009) como un estándar en competencia para regular las relaciones internacionales:

El carácter dispositivo de los Principios permite comprenderlo en el sistema de fuentes del Derecho Internacional Privado, en sentido amplio o impropio y comprensivo del denominado *soft law*. Con ello, los Principios competirían con las diversas figuras

reguladoras de relaciones internacionales (recomendaciones, dictámenes, códigos de conductas, principios), que no tienen poder de vinculación directa, pero que actúan como referentes específicos en la actuación judicial y en el desarrollo legislativo futuro; principalmente porque su procedencia autónoma explica su funcionalidad y adaptación a las exigencias del tráfico internacional (pp.12).

La perspectiva de competencia de los Principios *UNIDROIT* con otros estándares internacionales del *soft law* en los contratos internacionales, resulta de sumo interés, particularmente en esta investigación sobre la contratación de las entidades estatales de régimen especial, dado que dichos principios simultáneamente requerirían interactuar con aquellos señalados para las contrataciones públicas previamente destacados del BM, BID, CNUDMI y OCDE.

6. Los principios *soft law* en los contratos internacionales de las entidades estatales de régimen especial: un ejemplo de órdenes jurídicos transnacionales alineados en partición

Previamente se han identificado los principios *soft law* que se consideran más relevantes en los contratos de las entidades estatales de régimen especial en Colombia; los cuales configurarían un derecho administrativo global en materia de principios de contratación para estas entidades estatales. Sin la aplicación de estos principios, los contratos de dichas entidades estarían desarticuladas con la dinámica transnacional.

La particular naturaleza jurídica de las entidades estatales de régimen especial, por una parte, como entidades públicas, y por otra, sometidas al derecho privado en sus contratos, ha propiciado las condiciones para que se produzca un híbrido entre el derecho público y el privado, el cual, en materia de estándares internacionales, resulta receptor de un espectro más amplio de principios que cualquier otra clase de entidad pública o privada. Si adicionalmente, se agregan los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal en este marco de principios aplicables en los contratos de esta clase de entidades estatales, nos encontraríamos ante el más variado y amplio grupo de principios públicos y privados del orden transnacional y nacional. En la tabla 1 (de elaboración propia), se presenta el listado de los principios que se evidencian en forma explícita en los OJT relacionados previamente²¹, así como de los mencionados principios de la función administrativa y de la gestión fiscal.

Este listado, puede servir de guía para entender que el marco de principios aplicables a los contratos de las entidades estatales de régimen especial, es más amplio de lo que se ha considerado en el ámbito doméstico (el cual se ha limitado principalmente a los principios constitucionales de la función administrativa y de la gestión fiscal). Asimismo, facilita la identificación de un panorama de aquellos principios que constituyen un derecho administrativo global de la contratación de estas entidades. Particularmente, en el ámbito de los estándares de contratación pública, se observa un gran nivel de consenso transnacional en aquellos principios que provienen de los instrumentos *soft law* emitidos por el BM, el BID, la CNUDMI y la OCDE (transparencia, eficiencia, economía, competencia, publicidad, igualdad, debido proceso).

²¹ Es pertinente aclarar que no se trata de una lista taxativa, sino de la identificación de aquellos principios más relevantes que se evidencian explícitamente, dado que se podrían encontrar en forma tácita otros principios en los instrumentos estudiados, además, en la dinámica transnacional se pueden incorporar o excluir principios en cualquier momento.

Tabla*Principios aplicables a los contratos estatales de régimen especial*

PRINCIPIOS /OJT	BM	BID	CNUDMI	OCDE	UNIDROIT	FUNCIÓN ADMINISTRATIVA	GESTIÓN FISCAL
Transparencia	✓	✓	✓	✓			
Eficiencia	✓	✓	✓	✓			✓
Competencia	✓	✓	✓	✓			
Publicidad	✓	✓	✓	✓		✓	
Economía	✓	✓	✓			✓	✓
Igualdad	✓	✓	✓			✓	
Debido proceso	✓	✓		✓			
Trato justo y equitativo			✓	✓			
Integridad			✓	✓			
Confianza pública			✓				
Rectitud			✓				
Rendición de cuentas				✓			
Buena gestión				✓			
Planeación				✓			
Eficacia				✓		✓	
Moralidad						✓	
Celeridad						✓	
Imparcialidad						✓	
Equidad							✓
Valoración de costos ambientales							✓
Responsabilidad y control				✓			
Prevención de la mala conducta, cumplimiento y seguimiento				✓			
Libertad de contratación					✓		
Libertad de forma y de prueba					✓		
Pacta sunt servanda					✓		
Primacía de las reglas imperativas					✓		
Internacionalidad y uniformidad					✓		
Buena fe y lealtad comercial					✓		
Venire contra factum proprium					✓		
Primacía de los usos y las prácticas					✓		
Naturaleza dispositiva de los Principios					✓		

También se destaca que, aquellos principios que no cuentan con un alto nivel de consenso entre los diferentes OJT, como algunos emitidos por la OCDE, corresponden a las nuevas tendencias globales en materia de principios, los cuales, cada vez ganan más terreno en el ámbito de la contratación de las entidades estatales de régimen especial. Un claro ejemplo de lo anterior, es el principio de rendición de cuentas -de suma importancia para la teoría del Derecho Administrativo Global-, el cual probablemente se consolidará en el ámbito transnacional, y en las prácticas nacionales y locales²².

Desde cierta óptica, es posible que se pueda observar solo grupos de principios en una competencia incompatible (según la perspectiva del derecho global del capítulo II). Sin embargo, a partir de la consideración de estos grupos de principios como OJT, y de las redes de cooperación que se generan entre ellos, se puede identificar una alineación entre los estándares en principios para las contrataciones públicas (CNUDMI, BM, BID y OCDE), la cual también es posible articular con la dinámica privada de los *UNIDROIT*.

En efecto, teniendo en cuenta que el ámbito geográfico en el que se aplican dichos principios comprende el territorio colombiano, es pertinente preguntarse por las materias que regulan y las relaciones que se dan entre estos organismos y los principios que han emitido. El BM se encarga de otorgar préstamos y ayudas para la cooperación y el desarrollo con el fin de combatir la pobreza extrema y aumentar en forma sostenible el bienestar de los sectores más pobres del mundo, mientras el BID otorga esta clase de préstamos y ayudas para lograr el desarrollo de América

²² Un ejemplo de aplicación del principio de rendición de cuentas, puede encontrarse en la posibilidad de celebrar audiencias públicas en los procesos de contratación relevantes que se establece en los manuales de contratación de algunas entidades estatales de régimen especial, como es el caso del manual de contratación vigente de Empresas Públicas de Medellín.

Latina y el Caribe en aspectos económicos, sociales, institucionales y ambientales. Aunque las materias que regulan pueden coincidir cuando el BID adelanta proyectos para combatir la pobreza extrema, se evidencia un acuerdo transnacional sobre las prácticas en materia de incorporación de principios en estos dos organismos de financiación multilaterales (transparencia, economía, eficiencia, publicidad, competencia, igualdad y debido proceso).

Lo anterior, implica que cualquier entidad estatal de régimen especial que efectivamente incorpore los anteriores principios, cumplirá el estándar que existe sobre la materia, independientemente que se trate de contrataciones con préstamos del BID o del BM. Esta estandarización de principios también se evidencia en CNUDMI, quien, en su misión de modernizar y armonizar el derecho mercantil a nivel global, reitera el estándar de incorporar en las contrataciones de las entidades públicas los citados principios del BID y el BM, y señala otros principios como el trato justo y equitativo a proveedores y contratistas, rectitud, confianza pública e integridad.

Esta coordinación entre CNUDMI, BID y BM en la materia de principios de contratación pública, es producto de los esfuerzos de articulación que CNUDMI adelanta, tanto en ese aspecto, como en promover la incorporación de su Ley Modelo de Contratación del año 2011. A su vez, también la OCDE se encuentra entre las entidades que promueven la unificación de estas prácticas.

La OCDE, cuya misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo, efectúa un amplio ejercicio de análisis de los principios que deberían regir las contrataciones públicas con el fin de luchar contra la corrupción, además,

desarrolla algunas recomendaciones sobre la aplicación de estos principios (las cuales se han estudiado en el capítulo anterior). Es interesante advertir que también la OCDE coincide en varios de los principios que promueven BID, BM y CNUDMI (transparencia, eficiencia, publicidad, competencia), y que de las regulaciones que emiten estos organismos internacionales, no existen contradicción o competencia entre ellos.

Lo anterior, también evidencia un esquema de cooperación entre los anteriores organismos internacionales para regular la contratación pública a través de los principios previamente listados. Desde la teoría de los órdenes jurídicos transnacionales se trataría de un caso de alineación en la forma de partición, dado que cada una de estas entidades regula su propio ámbito, y en forma coordinada, efectúan una división complementaria del trabajo con el fin de generar un OJT en materia de principios de contratación pública.

Los estándares en materia de principios de contratación pública emitidos por el BM, el BID, la CNUDMI y la OCDE, a su vez, como puede observarse en la tabla anterior, también presentan una gran coincidencia con aquellos principios de la función administrativa y de la gestión fiscal. Por ejemplo, principios como eficiencia, publicidad, economía e igualdad no solamente son estándares internacionales con un gran nivel de consenso entre los citados organismos internacionales, sino que también se encuentran incorporados a nivel nacional, por lo cual, se trata de principios con un alcance transnacional para la contratación de las entidades estatales de régimen especial que se encuentran altamente institucionalizados.

En cuanto a los Principios *UNIDROIT* (cuya finalidad es la unificación de principios y reglas en los contratos internacionales), y los estándares para la contratación pública (BID, BM, CNUDMI y OCDE), se considera que entre estos principios de *soft law* de contratación privada y pública se puede generar una articulación en las contrataciones internacionales de las entidades estatales de régimen especial. En efecto, uno de los principios fundamentales de los *UNIDROIT* es la libertad de contratación, es decir, aquella posibilidad que tienen las partes de configurar los contenidos que ellas a bien consideren; en dicha medida, los mencionados principios de la contratación pública (y las reglas fundamentales que los desarrollan) constituirían aquellos presupuestos de la contratación a través de los principios *UNIDROIT*.

Dicho en otras palabras, los principios de la contratación pública (y las reglas fundamentales que los desarrollan) constituyen las pautas y los términos mínimos de negociación que deberán considerar las partes en la celebración de un contrato internacional en el que se apliquen los Principios *UNIDROIT*, lo cual, resultaría razonable, dado que los estándares para contratar en el ámbito público están diseñados precisamente para resguardar el interés público, de manera que las obras, servicios o suministros que se pongan a disposición de los ciudadanos sean los más adecuados dentro de las posibilidades técnicas en cada momento (Arana, et al., 2011, pp. 13).

Resulta necesario también mencionar una conexión entre los Principios *UNIDROIT* y la CNUDMI, aunque no en relación con aquellos estándares emitidos en la Ley Modelo del 2011, sino en cuanto a la contratación privada internacional. En efecto, en el ámbito del derecho internacional privado, la CNUDMI se encargó de emitir la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, del 11 de abril de 1980, la cual

fue aprobada en Colombia mediante Ley 518 de 1999. Dado que dicha convención no regula algunos aspectos (por ejemplo, los vicios del consentimiento o la responsabilidad pre-contratual) y se limita exclusivamente a la compraventa internacional, los Principios *UNIDROIT* resultarían llenando estos vacíos normativos, aunque con un carácter de *soft law*.

Estos regímenes privados que regulan la contratación internacional también tienen un rol protagónico en la contratación de las entidades estatales de régimen especial. Según se ha planteado previamente, organismos internacionales como la Cámara de Comercio Internacional, emite regulaciones como los Incoterms, y asume funciones fundamentales en el arbitraje comercial internacional (el cual en la figura 3, se plantea como un ejemplo de armonización entre el derecho público y la autorregulación de los agentes privados internacionales).

En la figura 7 (de elaboración propia), se representa el anterior modelo de interacciones entre los estándares en materia de principios emitidos tanto para la contratación pública como para la contratación privada. Se destaca que la CNUDMI y la Cámara de Comercio Internacional a través del arbitraje comercial internacional juegan un papel relevante en ambos escenarios, por las razones expuestas previamente. También es pertinente aclarar que, la siguiente gráfica, solo pretende ilustrar de una forma básica algunas conexiones que se presentan entre los estándares públicos y privados para la contratación de las entidades estatales de régimen especial, sin ninguna pretensión de abarcar siquiera una parte del espacio jurídico global, lo cual desbordaría las pretensiones de esta investigación.

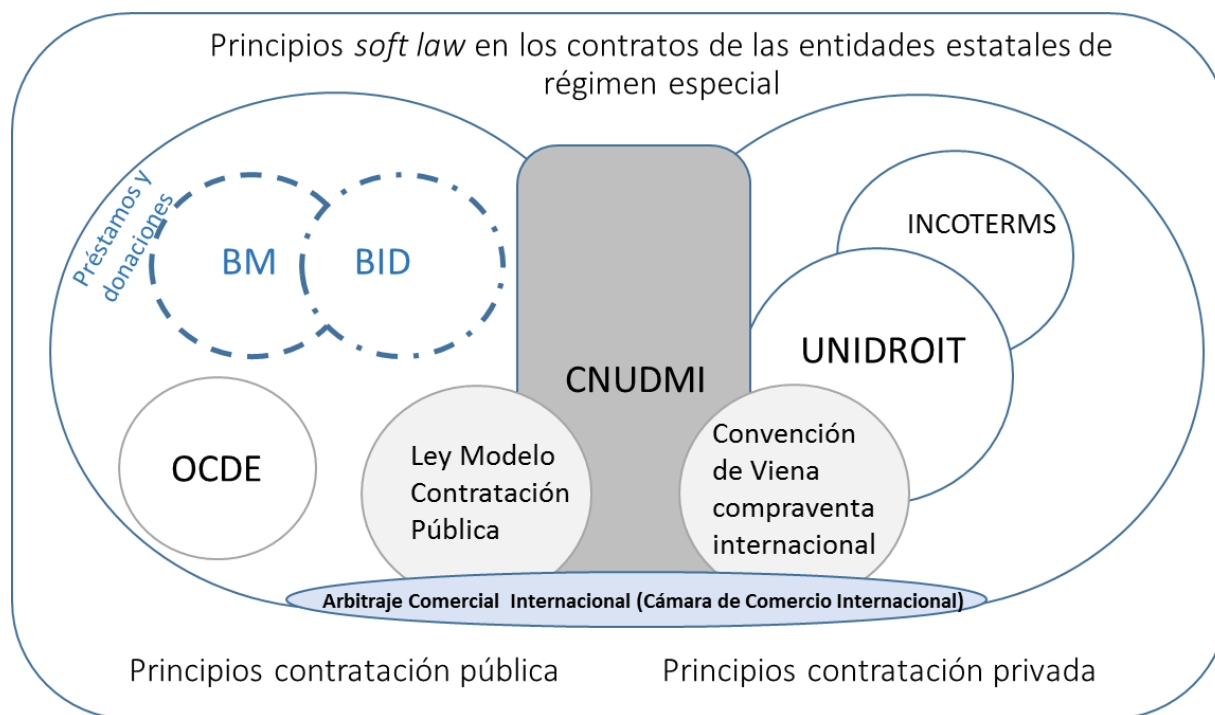


Figura 7. Interacciones entre los estándares de la contratación pública y la contratación privada

En esta figura se destaca que el espectro de los principios aplicables al BM y el BID está delimitado exclusivamente para las materias relacionadas con los préstamos y ayudas para la cooperación y el desarrollo que estos organismos internacionales otorgan. En contraste con lo anterior, el ámbito de la OCDE es más amplio, dado que abarca todo el campo de la contratación pública sobre lucha contra la corrupción.

En el mismo sentido, CNUDMI abarca también el espacio de la contratación pública, en su búsqueda de unificar el derecho mercantil a nivel global. Aunque también, conectada con la contratación privada, por medio de la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías -que aunque no se trate de *soft law*-, resulta siendo un elemento desencadenante de la mayor aplicación de los Principios *UNIDROIT* (debido a la ausencia de

regulación internacional por medio de normas *hard law* en algunas materias reguladas en dichos principios).

También se destaca el arbitraje comercial internacional de la Cámara de Comercio Internacional, como un mecanismo transversal a toda la contratación internacional pública y privada, así como el papel relevante de otros regímenes emitidos por dicho organismo privado como los Incoterms, para citar solo un ejemplo de muchos posibles.

La manera como se relacionan los anteriores grupos de principios que provienen del *soft law* en los contratos de las entidades estatales de régimen especial –los cuales se consideran alineados en forma de partición por las razones previamente relacionadas-, también se podría analizar desde el nivel de acuerdo que logran cada uno de estos grupos de principios -en la forma de OJT- en los niveles local, nacional y transnacional. Aunque los autores de los OJT hacen esta distinción entre concordancia y discordancia (o más acordados y menos acordados) (Halliday, T. & Shaffer, G., 2015, pp. 52), para la graduación del nivel de acuerdo se propone en esta investigación utilizar la expresión intensidad, la cual se entendería como la graduación que podría tener el acuerdo que exista (o la necesidad de aplicación del OJT) en un asunto determinado. En este sentido, la intensidad se plantea dividir en tres niveles: alta, media y baja.

En el ámbito de los contratos internacionales y nacionales, tratándose de contrataciones financiados por el BID o el BM, es claro que la intensidad de los OJT de los principios que estos organismos multilaterales definen que se incluyan en sus políticas y guías es alta, dado que es condición para que se pueda dar el préstamo o ayuda para la cooperación y el desarrollo que la

entidad estatal adelante los procedimientos de contratación y de ejecución del contrato conforme a los principios de economía, eficiencia, igualdad, competencia, transparencia, publicidad y debido proceso. Sin cumplir con estos estándares en materia de principios, no se obtendrían los recursos del respectivo préstamo o ayuda.

Respecto a los Principios *UNIDROIT*, en el campo de los contratos internacionales, también se observa una intensidad alta en cuanto a la necesidad de aplicación de los mismos en los contratos internacionales de las entidades de régimen especial. En efecto, según se ha planteado previamente en la aplicación de la teoría del derecho reflexivo (capítulo 1), los Principios *UNIDROIT* son los más utilizados en el comercio internacional, y resultan de gran importancia para que dichas entidades estatales se armonicen con la dinámica privada internacional, por lo cual, su utilización resultaría indispensable para lograr esa articulación de lo público con los estándares internacionales producidos por el fenómeno de la autorregulación.

En los contratos nacionales, los Principios *UNIDROIT* tendrían una baja intensidad. Lo anterior, debido a que la finalidad principal para la cual fueron creados estos principios, es facilitar la celebración de los contratos mercantiles internacionales, y solo en casos excepcionales, se utilizarían para interpretar o complementar el derecho nacional, o servir de guía a legisladores nacionales, por lo cual, la necesidad de utilización de dichos principios es mucho menor a nivel nacional.

En cuanto a la necesidad de aplicación de los principios emitidos por la CNUDMI y la OCDE, en los ámbitos de los contratos nacionales e internacionales de las mencionadas entidades estatales,

la intensidad se graduaría como media. Si bien es cierto, no se observa un grado alto de necesidad de la incorporación de estos principios en el contexto actual, tampoco resultan despreciables ni de baja intensidad. Por una parte, los esfuerzos de la CNUDMI por unificar el derecho comercial a través de su Ley Modelo del 2011, recientemente están generando antecedentes judiciales en el Consejo de Estado (ver capítulo 4), que permiten considerar estos principios como referentes que cada vez toman mayor relevancia para las entidades estatales, tanto en sus contratos nacionales como internacionales.

Por otra parte, los esfuerzos de Colombia por adherirse a la OCDE y los diferentes instrumentos que ha producido este organismo internacional, así como la importancia de sus principios en materia de contratación -teniendo en cuenta que recopilan las mejores prácticas globales-, los han convertido en modelos relevantes a considerar en las contrataciones públicas, y su radio de acción, no solo abarca las contrataciones internacionales, sino las nacionales. Sin embargo, también es pertinente considerar que, en un futuro cercano, cuando se materialice la adhesión de Colombia a la OCDE, dichos principios pasarían a un nivel alto en el ámbito nacional, dado los compromisos que asumiría Colombia con la OCDE de incorporar esta clase de instrumentos relevantes en materia de contratación pública.

A continuación, se representa en las figuras 8 y 9 (ambas de elaboración propia), los esquemas anteriormente planteados.

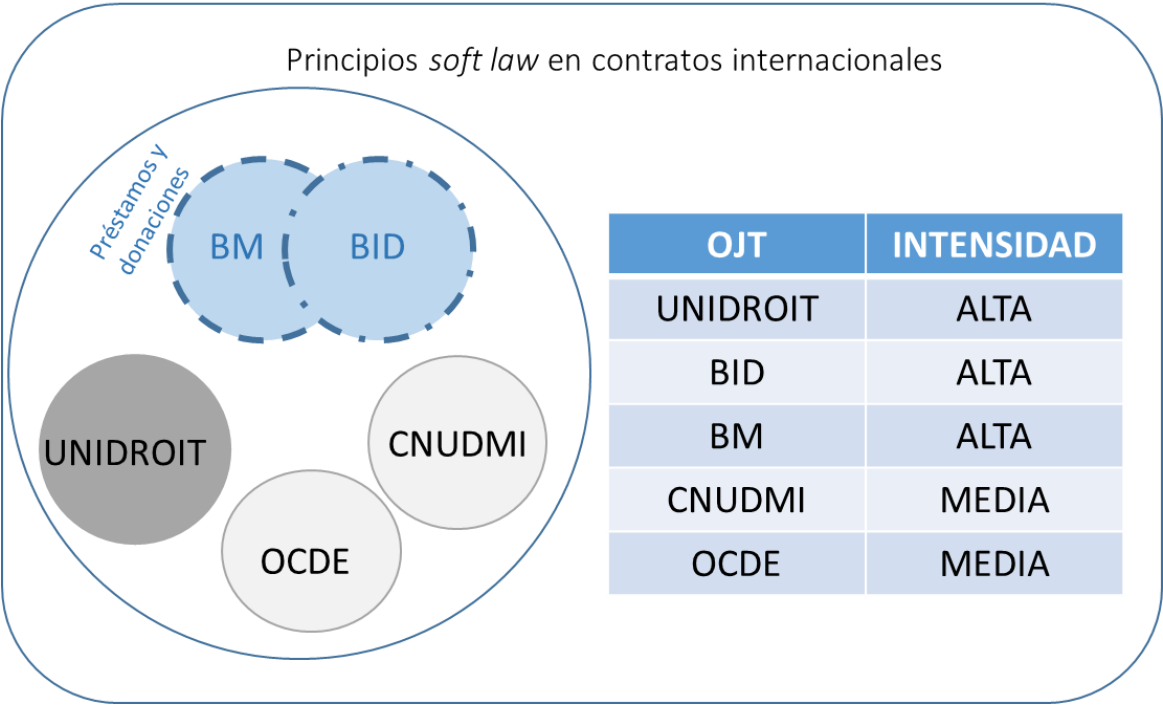


Figura 8. Intensidad de los principios *soft law* en los contratos internacionales

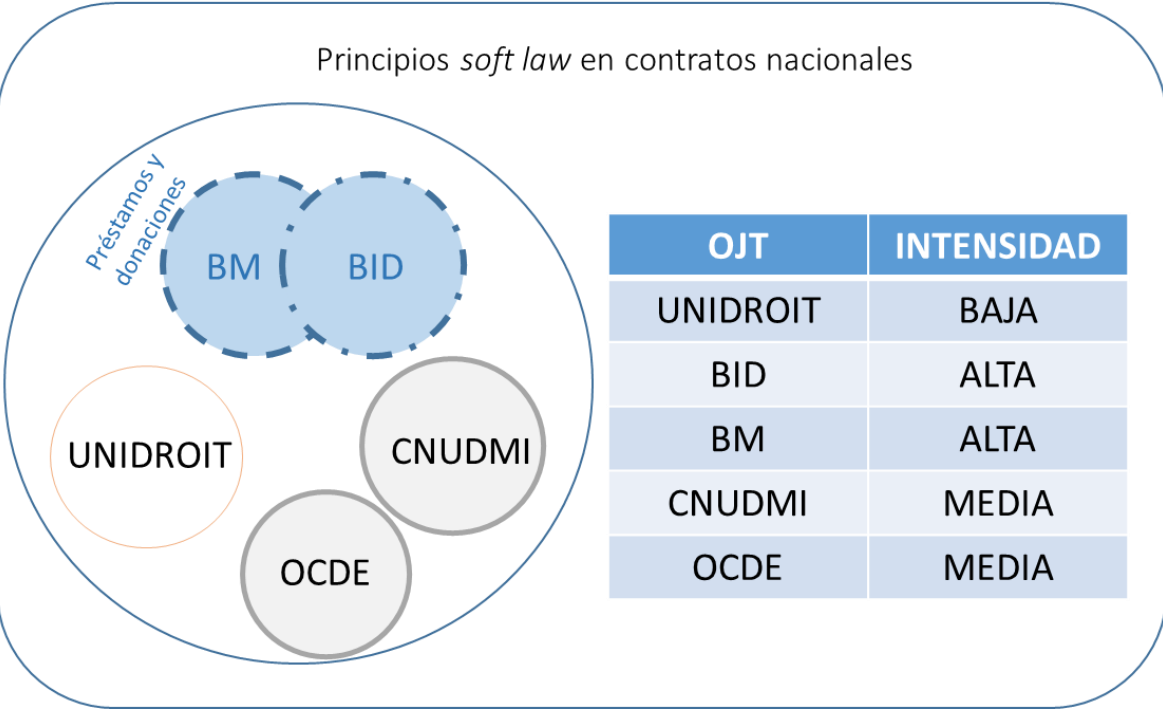


Figura 9. Intensidad de los principios *soft law* en contratos nacionales

El ejercicio de interacción de estos principios con sus intensidades, es solo uno de los posibles usos que puede tener la teoría de los OJT en las contrataciones de las entidades estatales de régimen especial. No obstante, A través de la aplicación de teorías como los OJT, el derecho reflexivo y el Derecho Administrativo Global, se abren diversas posibilidades de estudio de los fenómenos transnacionales en las instituciones y prácticas jurídicas nacionales. Se considera que las condiciones están dadas para que las entidades estatales de régimen especial en Colombia estén articuladas con la dinámica transnacional, e incorporen en sus manuales de contratación estos principios de contratación pública y privada, lo cual, constituiría un paso importante en el proceso de gestión de lo público en un mundo cada vez más globalizado y dinámico.

Conclusiones

- La autorregulación en el contexto global ha transformado el Estado e impactado el derecho público. Las instituciones y estructuras públicas, sus principios y reglas, requieren articularse a la dinámica transnacional que ha generado la globalización. Para lograr dicha articulación, es necesario limitar las pretensiones reguladoras del subsistema jurídico y establecer solamente las condiciones procedimentales que permitan la operatividad de cada subsistema social, lo anterior, con el fin de evitar una “hiperjuridificación” que solo incrementaría el desequilibrio social.

La Ley 1563 de 2012, que permite a las entidades estatales pactar arbitraje internacional, es un buen ejemplo de armonización del derecho público con la *lex mercatoria*. En este caso, el Estado reconoce la necesidad de articularse a reglas y principios que rigen el comercio internacional en los nuevos escenarios que genera el fenómeno de la globalización. El acoplamiento de los principios y reglas del ámbito global con aquellos que regulan a las entidades estatales de régimen especial, es un camino necesario para que dichas entidades puedan desenvolverse en un mundo globalizado.

- Los estudios que describen el fenómeno de la autorregulación a través de la teoría del Derecho Administrativo Global, han identificado un “espacio administrativo global” multifacético entre la diversidad de instituciones regulatorias, en el cual, se encuentran diferentes tipos de instituciones regulatorias, y una gran variedad de sujetos que son objeto de dicha regulación, incluyendo los Estados, individuos, empresas y ONG. Estos estudios

identifican cinco tipos principales de regulación administrativa globalizada y aquellas conexiones entre ellas, que permiten identificar cómo se articulan los organismos internacionales que se desenvuelven en dicho espacio.

Los autores de la teoría del Derecho Administrativo Global plantean la existencia de algunos estándares o principios que regularían las prácticas globales entre los organismos reguladores y los sujetos que son objeto de regulación. Es importante la observación permanente de las regulaciones que se consoliden en el espacio jurídico global, con el fin de hacer la incorporación de las mismas a las prácticas nacionales. Particularmente, aquellos principios del Derecho Administrativo Global que sean reconocidos internacionalmente, requerirán ser considerados en las contrataciones de las entidades estatales de régimen especial.

- La teoría de los Órdenes Jurídicos Transnacionales permite evidenciar la manera como las regulaciones transnacionales han permeado el orden jurídico nacional. En este sentido, las normas UPC 600 de la Cámara de Comercio Internacional son un buen ejemplo de institucionalización de un OJT en Colombia. A su vez, los Principios *UNIDROIT* constituyen un ejemplo de discordancia parcial en los niveles nacional y local, lo cual limita la institucionalización de este OJT en el país. Para eliminar dicha discordancia es necesario un proceso de comprensión por parte de todos los operadores jurídicos de la importancia de incluir estos principios en los contratos internacionales, especialmente, se observa la necesidad de su aplicación en aquellos celebrados por las entidades estatales de régimen

especial (las cuales para tal fin cuentan con la flexibilidad que les brinda el régimen de derecho privado al cual se encuentran sometidas).

- En recientes sentencias del Consejo de Estado se evidencia un reconocimiento de la importancia de los instrumentos de *soft law* en el ordenamiento jurídico colombiano. Aunque en dicha corporación no existe un entendimiento unívoco sobre dicho concepto, existen pronunciamientos que destacan la importancia del *soft law* en la actividad contractual de las entidades estatales. Particularmente, el Consejo de Estado en las sentencias analizadas, reconoce la importancia de la Ley Modelo de 2011 emitida por la CNUDMI, de la cual, se extraen importantes principios de *soft law* aplicables a las contrataciones de las entidades estatales de régimen especial.
- Se han identificado los principios *soft law* que se consideran más relevantes en los contratos de las entidades estatales de régimen especial en Colombia, los cuales conformarían un emergente derecho administrativo global en materia de principios de contratación para dichas entidades. Estos principios que provienen de los instrumentos de *soft law* emitidos por la *UNIDROIT*, el BM, el BID, la CNUDMI y la OCDE, amplían el marco aplicable de los principios a incorporar en los manuales de contratación de dichas entidades, con el fin de lograr armonizar la actividad contractual de las mismas con el contexto transnacional.
- A partir de la consideración de los grupos de principios *soft law* como OJT, y de las redes de cooperación que se generan entre ellos, se puede identificar una alineación en la forma de partición entre los estándares en principios para las contrataciones públicas (CNUDMI,

BM, BID y OCDE). Lo anterior, dado que cada una de estas entidades regula su propio ámbito, y en forma coordinada, efectúan una división complementaria del trabajo con el fin de generar un OJT muy alineado en materia de principios de contratación pública. Dichos principios de las contrataciones públicas se pueden articular con la dinámica privada de los *UNIDROIT*, por medio del principio de libertad de contratación. En este sentido, los principios de la contratación pública constituirían los términos mínimos de negociación que deberán considerar las partes en la celebración de un contrato internacional de una entidad estatal de régimen especial en el que se apliquen los principios *UNIDROIT*.

Asimismo, se identificó que en los contratos de las entidades de régimen especial algunos principios como eficiencia, publicidad, economía e igualdad, no solo deben aplicarse en dichos contratos por estar incluidos entre los principios de la función administrativa y del control fiscal, sino por el nivel de consenso transnacional que existe sobre ellos en el ámbito de los estándares de contratación pública. Lo anterior, evidencia un alto grado de institucionalización de estos principios en la contratación estatal colombiana.

- Finalmente, también en aplicación de la teoría de los OJT, es posible efectuar diferentes ejercicios, como identificar las intensidades de los principios que provienen del *soft law* en las contrataciones internacionales y nacionales de las entidades estatales de régimen especial. La necesidad de aplicación de estos principios en un determinado contrato variará dependiendo del nivel de institucionalización que tengan los mismos en las prácticas nacionales y locales.

Los hallazgos de este trabajo, pueden abrir nuevos espacios de investigación sobre el alcance de la dinámica transnacional en los contratos públicos, particularmente, en aquellos celebrados por las entidades estatales de régimen especial. Asimismo, a través de posteriores investigaciones se podrán analizar nuevos escenarios en los que interactúan los principios *soft law*, su impacto en las contrataciones públicas nacionales y locales, su interrelación con aquellos principios de orden legal y constitucional que rigen las contrataciones públicas, sus limitaciones, entre otros aspectos que estudien el nivel de influencia que estos principios pueden alcanzar en la gestión de lo público en el contexto global.

Lista de referencias

ALEXY, R. (2003). Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios.

Bernal C. (trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ALEXY, R. (2014). Principios formales. Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (37),

15-29. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/obra/principios-formales/>.

ARIAS, M. y VERA, J. (2002). Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional ¿una ayuda para los países pobres? Cristianisme i Justicia, 1 – 28. Barcelona. Recuperado de

<http://www.cooperadors.salesians.cat/wp-content/uploads/2014/01/es112.pdf>.

ARANA, J., MORENO, J., JINESTA, E. y NAVARRO, K. (2011). Principios de la contratación pública en el derecho administrativo global - Normas y acuerdos sobre contratos públicos. En:

ARANA, J., MORENO, J., JINESTA, E. y NAVARRO, K. Derecho internacional de las contrataciones administrativas. San José, C.R.: Ediciones Guayacán.

ANZOLA, M. (2014). El paradigma de la seguridad jurídica en un Estado en transformación: el caso de la inversión extranjera. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (2011). Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo. GN-2349-9. Recuperado

de <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=774396>.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (2016a). Datos básicos 2016. Recuperado de <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=40369403>.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (2016b). Resultados. Recuperado de <http://www.iadb.org/es/paises/colombia/colombia-y-el-bid,1026.html>.

BANCO MUNDIAL (2011). Normas adquisiciones de bienes, obras y servicios distintos a los de consultoría con préstamos del BIRF, créditos de la AIF y donaciones por prestatarios del Banco Mundial. Revisado en julio de 2014. Recuperado de http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/Procurement_GLs_Spanish_Final_Jan2011_revised_July1-2014.pdf.

BANCO MUNDIAL (2016a). Organización. Recuperado de <http://www.bancomundial.org/es/about/leadership>.

BANCO MUNDIAL (2016b). Historia. Recuperado de <http://www.bancomundial.org/es/about/history>.

BANCO MUNDIAL (2016c). Acabar con la pobreza extrema y promover la prosperidad compartida. Recuperado de http://www.bancomundial.org/es/news/feature/2013/04/17/ending_extreme_poverty_and_promoting_shared_prosperity.

BANCO MUNDIAL (2016d). Colombia: panorama general. Recuperado de <http://www.bancomundial.org/es/country/colombia/overview#2>.

BANCO MUNDIAL (2016e). Modelo manual de operaciones proyectos. Recuperado de [http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwikrojh0rfQAUhUSYKHYgwBUQQFggZMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.bancomundial.org%2Fcontent%2Fdam%2FWorlbank%2Fdocument%2F11-Modelo_Manual_Operativo.docx&usg=\)](http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwikrojh0rfQAUhUSYKHYgwBUQQFggZMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.bancomundial.org%2Fcontent%2Fdam%2FWorlbank%2Fdocument%2F11-Modelo_Manual_Operativo.docx&usg=))

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ (2016). Listado de Costumbres Mercantiles. Sector financiero. Recuperado de <http://www.ccb.org.co/Investigaciones-Bogota-y-Region/Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles>.

CÁMARA DE COMERCIO DE CALI (2016). Costumbres mercantiles certificadas según el sector económico. Sector Comercio Internacional. Recuperado de <http://www.ccc.org.co/costumbre-mercantil/21717/sector-comercio-internacional.html>.

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (2016). Comercio Internacional. Reglas y herramientas de ICC. Recuperado de <http://www.iccspain.org/comercio-internacional/>.

CANCILLERÍA (2015). Colombia asumió la Presidencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Recuperado de <http://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/2015-07-16/11873>.

CANCILLERÍA (2016). Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (*UNIDROIT*). Recuperado de <http://www.cancilleria.gov.co/international/multilateral/international/governmental/unidroit>.

CASSESE, S. (2006). El espacio jurídico global. Córcoles, I., Delgado, I. y Ortega L. (trads.). En: La globalización jurídica. (pp. 13 – 31). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons.

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE (2016a). Proyecto de articulado. Recuperado de http://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20160620articulado.pdf.

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE (2016b). Motivos del Proyecto. Recuperado de http://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20160620motivos.pdf.

DE LA SIERRA, M. (2009). Los Principios *UNIDROIT* como Derecho universal de la contratación internacional. Trabajo presentado en el Congreso Internacional: Contratación y arbitraje mercantil internacional (Rioja). Recuperado de http://eprints.sim.ucm.es/9556/1/PC_Congreso_Rioja2009_Eprint.pdf.

DINERO (8 de diciembre de diciembre de 2014). Futuro del comercio está en los TLC.

Recuperado de <http://www.dinero.com/economia/articulo/tratados-libre-comercio-tiene-colombia/199735>.

DWORKIN, R. (1995). El modelo de las normas (I). En Dworkin, R. Los derechos en serio (pp. 61-101). Barcelona: Editorial Ariel S.A.

ECOPETROL (2016). Estructura Societaria Actual. Recuperado de <http://www.ecopetrol.com.co/wps/portal/es/ecopetrol-web/relacion-inversionistas/informacion-general/grupo-empresarial>.

EPM (2016). Estructura del Grupo EPM. Recuperado de <http://www.epm.com.co/site/inversionistas/Inversionistas/Gobiernocorporativo/EstructuraGrupoEPM.aspx>.

FARIA, J. (2001). El Derecho en la economía globalizada. Madrid: Editorial Trotta.

FERNÁNDEZ, J. (2004). La lex mercatoria y autonomía conflictual en la contratación transnacional. Anuario Español de Derecho Internacional Privado, IV, 35 – 78. Recuperado de <http://eprints.ucm.es/6964/>.

FIX, H. y KONRADI, W. (2006). La Lex Mercatoria en el espejo de la investigación empírica. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 039 (117), pp. 693 – 722.

FORERO, C. (2007). Causas y consecuencias de la aplicación de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías como *Lex Mercatoria*. Revista de Derecho Privado, (38), 1 – 24, Recuperado de:

https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri136.pdf.

GRUPO EPM (2012). Planta de tratamiento de aguas residuales Bello: alta tecnología en un entorno ecológico. Recuperado de http://www.grupo-epm.com/portals/3/docs/Boletin_de_prensa_Primer_Piedra_Planta_Bello.pdf.

GRUPO ENERGÍA DE BOGOTÁ (2016). Grupo Energía de Bogotá en el ranking de las 100 mejores multilatinas. Recuperado de <http://www.grupoenergiadebogota.com/sala-de-prensa/2016/grupo-energi-a-de-bogota-en-el-ra-nking-de-las-100-mejores-multilatinas>.

GARCÍA, A. (1998). Principios y positivismo jurídico. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

GARCÍA, M. y RODRÍGUEZ, C. (2003). Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios críticos. Bogotá: Colección en clave del sur. Ed. ILSA.

GRUESO, M. (2014). Las particularidades de las entidades estatales de naturaleza única y régimen especial. Revista Republicana, (17), 193 – 214. Recuperado de:

<http://revista.urepublicana.edu.co/wp-content/uploads/2015/02/Las-particularidades-de-las-entidades-estatales-de-naturaleza-%C3%BAnica.pdf>.

HALLIDAY, T. & SHAFFER, G. (eds.). (2015). Transnational Legal Orders. Cambridge University.

HINOJOSA, L. y ROLDÁN, J. (2010). El Derecho Internacional Económico. En: HINOJOSA, L. et al., Derecho internacional económico (pp. 53-72), Madrid: Marcial Pons.

ISA (2016). Participación accionaria de ISA. Recuperado de <http://www.isa.co/es/nuestra-compania/Paginas/estructura-empresarial.aspx>.

KINGSBURY, B., KRISCH, N. y STEWART, R. (2016). El surgimiento del Derecho Administrativo Global. Barnes J. y Saavedra A. (trads.). En: KINGSBURY, B. y STEWART, R. Hacia el Derecho Administrativo Global: Fundamentos, Principios y Ámbito de Aplicación. Sevilla: Instituto Nacional de Administración Pública, Global Law Press.

KELSEN, H. (2011). Teoría Pura del Derecho. 16a. ed., Vernengo R. (trad.). México: Editorial Porrúa.

LEÓN, L. (2011). De la admiración a la recepción crítica: el apagado eco de la codificación del derecho privado europeo en América Latina. Revista de Derecho Privado, (45), 1–30. Recuperado: https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri53.pdf.

LOPERA, G. (2004). Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (27), 211 – 243. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/obra/los-derechos-fundamentales-como-mandatos-de-optimizacin-0/>.

LÓPEZ, M. (2000). Ética y modelo de los principios. Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (23), 655 – 664. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/obra/tica-y-modelo-de-los-principios-0/>.

LUHMANN, N. (1998). Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general. 2da. ed., Erker B., Pappe S. (trads.) y Torres J. (coord.). Barcelona: Anthropos Editorial, Universidad Iberoamericana y Centro Editorial Javeriano.

LLANO, J. (2012). Teoría del derecho y pluralismo jurídico. Criterio Jurídico, 12 (1), 191 – 214. Recuperado de <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/viewFile/586/769>.

MARÍN, F. (2010). Los servicios semipúblicos domiciliarios. Bogotá: Editorial Temis S.A.

MERRY, S. (2007). Pluralismo Jurídico. Morales, C. (trad.). Ariza, H. y Bonilla, D. estudio preliminar. En MERRY, S., GRIFFITHS, J. & TAMANAHA, B., Pluralismo jurídico (pp. 11 – 131), Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana.

MINCOMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO (2016). Acuerdos vigentes. Recuperado de <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=5398>.

OECD. (2009). OECD Principles for Integrity in Public Procurement. Recuperado de <http://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>.

OECD (2015). OECD Recommendation of the Council on Public Procurement. Recuperado de <http://www.oecd.org/corruption/recommendation-on-public-procurement.htm>.

OCDE. (2016a). Acerca de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Recuperado de <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>.

OCDE. (2016b). Colombia y la OCDE. Recuperado de <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/colombia-y-la-ocde.htm>.

OCDE (2016c). Historia. Recuperado de <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/historia-ocde.htm>.

OVIEDO, J (2012). La ley aplicable a los contratos internacionales. International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, (21), 117 – 157. Recuperado de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13695/11008>.

OVIEDO, J. (2003). Aplicaciones de los principios de *UNIDROIT* a los contratos comerciales internacionales. *Criterio Jurídico*, 1 (3), 35 – 72. Recuperado de <http://revistas.javerianacali.edu.co/javevirtualoj/index.php/criteriojuridico/article/view/213/924>.

PABLO, M. (2013). Avances en la aplicación de los principios *UNIDROIT* sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 6 (1), 253 – 268. Recuperado de <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/download/1917/910>.

PORTAFOLIO (20 de febrero de 2012). Colombia es el cuarto país más globalizado de América Latina. Está en la posición 43 entre los países más globalizados en el mundo. Recuperado de <http://www.portafolio.co/economia/finanzas/colombia-cuarto-pais-globalizado-america-latina-99684>.

RODRÍGUEZ, M. (2009). Principios relativos a los contratos comerciales internacionales. En: RODRÍGUEZ, M. *Introducción al Derecho Comercial Internacional* (pp. 267-305), Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

RODRÍGUEZ, M. (2010). Los nuevos términos comerciales internacionales -INCOTERMS- (Versión 2010) y su aplicación en el derecho colombiano. *REVIST@ e – Mercatoria*, 9 (2), 1 – 73. Recuperado de: <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN9/PDF02/109.pdf>.

SALDIVIA, L. (comp.). (2010). Estado, Soberanía y Globalización. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana –Instituto Pensar.

SUÁREZ, D. (2010). Fundamentos constitucionales, principios y reglas de interpretación de la contratación estatal en Colombia. En ATHEHORTÚA, C., et al., temas en contratos estatales (pp. 57-130), Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.

TEUBNER, G. (2000). Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno. Morales, C. (trad.) y estudio preliminar. En: BOURDIEU, P. y TEUBNER, G. La fuerza del derecho. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Instituto Pensar.

TOBAR, J. (2012). La nueva Lex Mercatoria o de cuanto la realidad supera la ficción. Ataques y defensas de la nueva Lex Mercatoria en el comercio internacional. Revista Pensamiento Jurídico, 000 (34), pp. 239 – 274.

UNCITRAL (2004). EL ABECÉ DE LA CNUDMI. Recuperado de <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/uncitral-leaflet-s.pdf>.

UNCITRAL (2014). Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Recuperado de <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/ml-procurement/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-s.pdf>.

UNCITRAL (2016a). Origen, mandato y composición de la CNUDMI. Recuperado de <http://www.uncitral.org/uncitral/es/about/origin.html>.

UNCITRAL (2016b). Situación actual. Ley Modelo de la CNIDMI sobre Contratación Pública (2011). Recuperado de http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model_stat_us.html.

UNCITRAL (2017). Sobre la CNUDMI. Recuperado de http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html.

URTEAGA, E. (2009). La teoría de sistemas de Niklas Luhmann. Contrastes. Revista Internacional de Filosofía, (XV), 301 – 317. Recuperado de <http://www.uma.es/contrastes/pdfs/015/ContrastesXV-16.pdf>.

VERNAZA, M. (2010). El derecho mercantil en el contexto transnacional: su relación con el procedimiento de inclusión. RAI. Revista Análisis Internacional, (1), 154 – 170. Recuperado de <http://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/9/15>.

Jurisprudencia

Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección B. (29 de octubre de 2012) Sentencia 20001-23-31-000-1999-00274-01(21377). (CP Danilo Rojas Betancourth).

Consejo de Estado, Sección Tercera Sala Plena. (11 de septiembre de 2013) Sentencia 41001-23-31-000-1994-07654-01(20601) (CP Danilo Rojas Betancourth).

Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección B. (27 de septiembre de 2013) Sentencia 15001-23-31-000-1995-05276-01(19886). (CP Danilo Rojas Betancourth).

Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección B. (30 de abril de 2014) Sentencia 41001-23-31-000-1993-07386-00(28075) (CP Danilo Rojas Betancourth).

Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C. (13 de abril de 2015) Sentencia 11001-03-26-000-2014-00162-00(52556) (CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C. (20 de abril de 2015) Sentencia 11001-03-26-000-2014-00037-00(50219). (CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C. (27 de enero de 2016) Sentencia 05001-23-31-000-2002-02072-01 (48.812) (CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (21 de febrero de 2012) Sentencia 11001-3103-040-2006-00537-01 (M.P. William Namén Vargas).